



universität
wien

DISSERTATION

„Private Enforcement bei vertikalen Vertriebsbindungen im europäischen
Recht und im Kartellgesetz 2005“

Verfasser

Mag. Wolfgang Sieh

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2009	
Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuerin / Betreuer:	Univ.-Prof. Dr. Michael Enzinger

VORWORT

Die Europäische Kommission hat es sich zum Ziel gesetzt, die private Durchsetzung der Wettbewerbsregeln zu forcieren. Ein erster Schritt in diese Richtung wurde bereits mit der Verordnung 1/2003 gesetzt. Mit Spannung wurde das Ende 2005 veröffentlichte Grünbuch sowie das im April 2008 veröffentlichte Weißbuch „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“ erwartet. Darin finden sich zahlreiche Gesetzesänderungsvorschläge zur Erleichterung der privaten Durchsetzung.

Die gegenständliche Arbeit beginnt mit den Grundlagen des europäischen und österreichischen Kartellrechts. Insbesondere die für diese Arbeit relevante Verordnung 1/2003 und das KartG 2005 werden näher beleuchtet. Darauf folgt eine Untersuchung des „Private Enforcement“ im Lichte des europäischen und österreichischen Kartellrechts, wobei insbesondere auf die Untersuchung von Sonderproblematiken im Zusammenhang mit der privaten Rechtsdurchsetzung Wert gelegt wurde.

Auf die allgemeine Untersuchung der privaten Rechtsdurchsetzung folgt eine Erörterung von Private Enforcement bei vertikalen Bindungen. Hier wird auf die Besonderheiten von Vertriebsvereinbarungen bei der privaten Rechtsdurchsetzung eingegangen. Ferner wird hinterfragt, ob und wenn ja in welchem Ausmaß eine Reform des österreichischen Schadenersatzrechts nach den Vorschlägen des Grünbuchs der Kommission geboten ist. Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse und einem Blick in die Zukunft.

Bedanken möchte ich mich bei Prof. Dr. Michael Enzinger und Prof. Dr. Josef Aicher, den wissenschaftlichen Betreuern dieser Arbeit, bei RA Mag. Daniela Karollus-Bruner, und bei RA Dr. Gernot Fiebiger. Schließlich gilt mein Dank meiner Familie, die geduldig das Werden dieser Arbeit unterstützte, allen voran meiner Frau Daniela.

Wien, im März 2009

Wolfgang Sieh

RECHTSPRECHUNGSVERZEICHNIS

1. Europäischer Gerichtshof

Rs. 13/61	De Geus / Bosch – Urteil vom 6.4.1962, Slg. 1962, 97 ff.
Rs. 26/62	Van Gend & Loos - Urteil vom 5.2.1963 Slg. 1963, 1
Rs. 6/64	Costa / ENEL – Urteil vom 15.7.1964, Slg. 1964, 1141 ff.
Rs. 56/65	Maschinenbau Ulm – Urteil vom 30.6.1966, Slg. 1966, 282
Rs. 32/65	Italienische Klage – Urteil vom 13.7.1966, Slg. 1966, 457
Rs. 56/64 u 58/64	Consten/Grundig – Urteil vom 13.7.1966, Slg. 1966, 321
Rs. 23/67	Brasserie de Hecht – Urteil vom 12.12.1967, Slg. 1967, 543
Rs. 14/68	Wilhelm/Bundeskartellamt – Urteil vom 13.12.1969, Slg. 1969, 1
Rs. 11/70	Int. Handelsgesellschaft – Urteil vom 17.12.1970, Slg. 1970, 01125
Rs. 1/71	Cadillon/Höss – Urteil vom 6.5.1971, Slg. 1971, 351
Rs. 22/71	Begelin – Urteil vom 25.11.1971, Slg. 1971, 949
Rs. 6/72	Continental Can – Urteil vom 21.2.1973, Slg. 1973, 215
Rs 127/73	BRT/SABAM – Urteil vom 30.1.1974, Slg 1974, 51
Rs. 6/73	Commercial Solvents – Urteil vom 6.3.1974, Slg. 1974, 223
Rs 63/75	Fonderies Roubaix – Urteil vom 3.2.1976, Slg. 1976, 111
Rs. 26/76	Metro / SABA I – Urteil vom 25.10.1977, Slg. 1977, 1875
Rs. 106/77	Anministrazione delle Finanze dello Stato/Simmenthal - Urteil vom 9.3.1978, Slg. 1978, 629
Rs. 102/77	Hoffman-La Roche/Centrafarm – Urteil vom 23.5.1978, Slg. 1978, 1139
Rs. 85/76	Hoffmann-La Roche/Kommission – Urteil vom 13.2.1979, Slg 1979, 461
Rs. 22/78	Hugin/Kommission – Urteil vom 31.5.1979, Slg. 1979, 1869
Rs. 238/78	Ireks-Arkady – Urteil vom 4.10.1979, Slg. 1979, 2955
Rs. 68/79	Just – Urteil vom 27.2.1980, Slg. 1980, 501
Rs. 136/79	National Panasonic- Urteil vom 26.6.1980, Slg. 1980, 2033
Rs. 253/78 u 1/79 bis 3/79	Procureur de la Republique/Giry und Guerlain – Urteil vom 10.7.1980, Slg. 1980, 2327

Rs. 99/79	Lancome – Urteil vom 10.7.1980, Slg. 1980, 2511
Rs. 139/79	Maizena – Urteil vom 29.10.1980, Slg. 1980, 3393
Rs. 31/80	L’Oreal – Urteil vom 11.12.1980, Slg. 1980, 3775
Rs. 21/81	Demo-Studio Schmidt – Urteil vom 11.10.1983, Slg. 1983, 3045
Rs. 107/82	AEG/Telefunken – Urteil vom 25.10.1983, Slg. 1983, 3151
Rs. 199/82	Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen San Giorgio – Urteil vom 9.11.1983, Slg. 1983, 3595
Rs. 319/82	Société de vente de ciments et bétons de l’Est/Kerpen & Kerpen – Urteil vom 14.12.1983, Slg. 1983, 4173
Rs. 43/82	VBVB und VBBB – Urteil vom 17.1.1984, Slg. 1984, 19
Rs. 123/83	BNIC – Urteil vom 30.1.1985, Slg. 1985, 391
Rs. 240/83	Altöle – Urteil vom 7.2.1985, Slg. 1985, 531
Rs. 161/84	Pronuptia – Urteil vom 19.6.1985, Slg. 1985, 353
Rs. 42/84	Remia u.a./Kommission – Urteil vom 11.7.1985, Slg. 1985, 2545
Rs. 75/84	Metro/Kommission (Metro II) – Urteil vom 22.10.1986, Slg. 1986, 3021
Rs. 10/86	VAG France – Urteil vom 18.12.1986, Slg. 1986, 4071
Rs. C-60/90 u C-9/90	Frankovich ua – Urteil vom 19.1.1991, Slg. 1991, I-5357
Rs. C-234/89	Delmitis – Urteil vom 28.2.1991, Slg. 1991, I-935
Rs. C-37/92	Vanacker und Lesage – Urteil vom 12.10.1993, Slg. 1993, I-4947
Rs. C-376/92	Metro/Cartier – Urteil vom 13.1.1994, Slg. 1994, I-15
Rs. C-128/92	Banks/British Coal Corporation – Urteil vom 13.4.1994, Slg. 1994, I-1209
Rs. C-382/92	Kommission/Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland – Urteil vom 8.6.1994, Slg. 1994, I-2435
Rs. C-322/93P	Peugeot – Urteil vom 16.6.1994, Slg. 1994, I-2727
Rs. C-309/94	Nissan France – Urteil vom 15.2.1996, Slg. 1996, I-677
Rs. C-46/93	Brasserie du Pecheur – Urteil vom 5.3.1996, Slg. 1996, I-1029
Rs. C-192/95	Comateb und andere/Directeur général des douanes et droits indirects – Urteil vom 14.1.1997, Slg. 1997, I-165
Rs. C-282/95	Guérin Automobiles/Kommission – Urteil vom 18.3.1997, Slg. 1997, I-1503
Rs. C-261/95	Palmisani/INPS – Urteil vom 10.7.1997, Slg. 1997, I-4025

Rs. C-157/96	National Farmers' Union ua – Urteil vom 5.5.1998, Slg. 198, I-2211
Rs. C-7/95	Deere/Kommission – Urteil vom 28.5.1998, Slg. 1998, I-3111
Rs. C-8/95	NewHolland Ford/Kommission – Urteil vom 28.5.1998, Slg. 1998, I-3175
Rs. C-126/97	Eco Swiss – Urteil vom 1.6.1999, Slg. 1999, I-3055
Rs. C-174/98 P	Van der Wal/Kommission – Urteil vom 11.1.2000, Slg. 2000, I-0000
Rs. C-189/01	Jippes – Urteil vom 12.7.2001, Slg. 2001, I-5689
Rs. C-453/99	Courage/Crehan – Urteil vom 20.9.2001, Slg. 2001, I-6297
Rs. C-475/99	Ambulanz Gloeckner – Urteil vom 25.10.2001, Slg. 2001, I-8089
Rs. C-324/99	DaimlerChrysler – Urteil vom 13.12.2001, Slg. 2001, I-9897
Rs. C-167/00	VKI/Henkel – Urteil vom 1.10.2002, Slg. 2002, I-08111
Rs. C-312/00	Camar und Tico – Urteil vom 10.12.2002, Slg. 2002, I-11355
Rs. C-147/01	Weber's Wine World – Urteil vom 2.10.2003, Slg. 2003, I-11365
Rs. C-110/03	Belgien – Kommission, Urteil vom 14.4.2005, Slg. 2005, I-2801
Rs. C-295/04-C-298/04	Manfredi – Urteil vom 13.7.2006, Slg. 2006, I-06619

2. Gericht erster Instanz des EuGH

Rs. 42/84	Remia – Urteil vom 11.7.1985, Slg. 1985, 2545
Rs. T-51/89	Tetra Pak I – Urteil vom 10.7.1990, Slg. 1990, II-00309
Rs. T-66/89	Publishers Association – Urteil vom 9.7.1992, Slg. 1992, II-1995
Rs. T-24/90	Automec/Kommission – Urteil vom 18.9.1992, Slg. 1992, II-2223
Rs. T-17/93	Matra Hachette – Urteil vom 15.7.1994, Slg. 1994, II-595
Rs. T-7/93	Langnese-Iglo – Urteil vom 8.6.1995, Slg. 1995, II-1533
Rs. T-105/95	WWF/Kommission – Urteil vom 5.3.1997, Slg. 1997, II-313
Rs. T-174/95	Svenska Journalistenfoerbundet – Urteil vom 17.6.1998, Slg. 1998, II-2289
Rs. T-20/99	Denkavit Nederland BV/Kommission – Urteil vom 13.9.2000, Slg. 2000, II-03011
Rs. T-25/99	Roberts/Kommission – Urteil vom 5.7.2001, Slg. 2001, II-1881
Rs. T-111/00	British American Tobacco – Urteil vom 10.10.2001, Slg. 2001, II-02997

Rs. T.211/00	Aldo Kuijer – Urteil vom 7.2.2002, Slg. 2002, II-00485
Rs. T-395/94	Atlantic Container Line/Kommission – Urteil vom 28.2.2002, Slg. 2002, II-87
Rs. T-65/98	Van den Bergh Foods – Urteil vom 23.10.2003, Slg. 2003 II-4653
Rs. T 67/01	JCB Service – Urteil vom 13.1.2004, Slg. 2004, II-49
Rs. T-2/03	Lombard-Club – Urteil vom 13.4.2005, Slg. 2005, II-01121

3. Europäische Kommission

77/66/EWG, Gerofabriek, ABl. EG 1977 Nr. L 16, S 8 vom 22.12.1976
79/934/EWG, BP Kemi – DDSF, ABl. L 286 vom 5.9.1979
90/645/EWG, Bayer Dental, ABl. L 351 vom 15.12.1980
84/233/EWG, IBM, ABl. 1984 Nr. L 118 S 24 vom 18.4.1984
87/14/EWG, Yves Rocher, ABl. 1987 Nr. L 8 S 49 vom 17.12.1986
87/17/EWG, Pronuptia, ABl. 1987 Nr. L 13 S 39 vom 17.12.1986
88/84/EWG, ARG/Unipart, ABl. EG 1987, Nr. L 45/34 vom 22.12.1987
87/407/EWG, Computerland, ABl. 1987 Nr. L 222 S 12 vom 13.7.1987
89/94/EWG, Charles Jourdan, ABl. 1989 Nr. L 35 S 31, 36 vom 2.12.1988
92/33/EWG, Yves Saint-Laurant, ABl. 1992 Nr. L 12 S 24 vom 16.12.1991
93/405/EWG, Schöller, ABl. EWG 1993 Nr. L 183 S 1 vom 26.7.1993
94/29/EG, Grundig, ABl. 1994 Nr. L 20 S 15 vom 21.12.1993
98/25/EG, Schweinepest, ABl. 1998, L 8, S. 28 vom 15.12.1997
99/230/EG, Whitebread, ABl. 1999 L 88/26 vom 24.2.1999
99/474/EG, Scottish and Newcastle, ABl. 1999 L 186/28 vom 16.6.1999
2001/135/EG, Nathan-Bricoloux, ABl. EG 2001 Nr. L 54, S. 1 vom 5.7.2000

4. United States Supreme Court

Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 U.S. 481 (1968)
Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 735 (1977)
California v. ARC Am. Corp., 490 U.S. 93 (1989)

5. Oberster Gerichtshof der Republik Österreich

3 R 527, 11.7.1931

4 Ob 9, 23.1.1934

14 Os 107/99, 28.6.2000

16 Ok 6/00, 9.10.2000

13 Os 34/01, 26.9.2001

16 Ok 7/01, 17.12.2001

16 Ok 10/02, 16.12.2002

16 Ok 8/02, 16.12.2002

16 Ok 10/02, 16.12.2002

4 Ob 201/02s, 15.10.2002 („ÖTV-Ballverträge“)

4 Ob 116/05w, 15.9.2005

1 Ob 33/82, 3.11.1982 (JBl 1984, 259)

1 Ob 571/87, 25.3.1987 (SZ 60/51)

6. Handelsgericht Wien

10 Cg 61/03f, 1.7.2003 („Styrian Spirit/AUA“)

LITERATURVERZEICHNIS

- Bauer/de Bronett* *Bauer, Michael / de Bronett, Georg-Klaus*: Die EU-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 2001
- Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner* *Bechtold, Rainer / Bosch, Wolfgang / Brinker, Ingo / Hirsbrunner, Simon*: Kommentar zum EG-Kartellrecht, 2. Auflage, München 2005
- Beutelmann* *Beutelmann, Martin*: Selektive Vertriebssysteme im europäischen Kartellrecht, Heidelberg 2004
- Baumbach/Hefermehl* *Baumbach, Adolf / Hefermehl, Wolfgang*: Wettbewerbsrecht, München, 1999
- Brunn* *Brunn, Thomas*: Die EG-Kartellverfahrensordnung 1/2003 und ihre Auswirkungen auf die Gruppenfreistellungsverordnungen und die Entzugsverfahren in der Vertikal-GVO, Frankfurt a. M., 2004
- Bulst* *Bulst, Friedrich Wenzel*: Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht – Zur Schadensabwälzung nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht, Baden-Baden 2006
- Calliess/Ruffert* *Calliess, Christian / Ruffert, Matthias*: Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Auflage, Neuwied, 2002
- de Bronett* *de Bronett, Georg-Klaus*: Der Entzug des Vorteils der Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnung durch nationale Behörden, WuW 1999, 825

<i>Duijm</i>	<i>Duijm, Bernhard:</i> EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Vertriebsvereinbarungen, Baden-Baden 1997
<i>Fitz/Gamerith</i>	<i>Fitz, Hanns / Gamerith, Helmut:</i> Unlauterer Wettbewerb und Kartelle, 4. Auflage, Wien 2004
<i>Frenz Bd I</i>	<i>Frenz, Walter:</i> Handbuch Europarecht, Band 1: Europäische Grundfreiheiten, Berlin 2004
<i>Frenz Bd II</i>	<i>Frenz, Walter:</i> Handbuch Europarecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Berlin 2006
<i>Gleiss/Hirsch/Burkert Bd I</i>	<i>Gleiss, Alfred /Hirsch, Martin / Burkert, Thomas:</i> Kommentar zum EG-Kartellrecht, Band 1, 4. Auflage, Heidelberg 1993
<i>Grabitz/Hilf</i>	<i>Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard:</i> Das Recht der Europäischen Union – Kommentar, 11.EL, München 1997
<i>Groeben/Thiesing/Ehlermann</i>	<i>Groeben, Hans von der / Thiesing, Jochen / Ehlermann, Claus-Dieter:</i> EU/EG-Vertrag
<i>Hahn/Jaeger/Pohlmann/Rieger/Schröder</i>	<i>Hahn, Helmuth / Jaeger, Wolfgang / Pohlmann, Petra / Rieger, Harald / Schröder, Dirk:</i> Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Loseblattausgabe, Köln
<i>Hefermehl/Köhler/Bornkamm</i>	<i>Wolfgang Hefermehl / Helmut Köhler / Joachim Bornkamm,</i> Wettbewerbsrecht, 24. Auflage, München, 2006
<i>Hoffer/Barbist</i>	<i>Hoffer, Raul / Barbist, Johannes:</i> „Das neue Kartellrecht“; 1. Auflage, Wien 2005
<i>Immenga/Mestmäcker</i>	<i>Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim:</i> Wettbewerbsrecht, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Auflage, München, 2007
<i>Kapp</i>	<i>Kapp, Thomas:</i> Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Vertriebsbindungen?, Baden-Baden, 1984

- Kirchhoff* *Kirchhoff, Wolfgang:* Die kartellrechtliche Beurteilung vertikaler Vertriebswege: Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb als Kriterien in den USA, Deutschland und der EG, Köln 1990
- Kocholl* *Kocholl, Dominik:* Punitive damages in Österreich, Wien, 2001
- Koppensteiner (1997)* *Koppensteiner, Hans-Georg:* Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht: Wettbewerbsbeschränkungen, Unlauterer Wettbewerb, Marken, 3. Auflage, Wien 1997
- Koppensteiner (1998)* *Koppensteiner, Hans-Georg:* Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Wien 1998
- Koziol II* *Koziol, Helmut:* Haftpflichtrecht Band II, 2. Auflage, Wien 1984
- Koziol/Welser, Bd. II* *Koziol, Helmut / Welser, Rudolf:* Bürgerliches Recht, Band II, 12. Auflage, Wien 2001
- Kwoka/White* *Kwoka/White:* The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy, 4. Auflage, 2004
- Lenaerts/Van Nuffel* *Lenaerts/Van Nuffel:* Constitutional Law of the European Union, 2. Auflage, 2005
- Langen/Bunte Bd II* *Bunte, Hermann-Josef / Langen:* Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2 Europäisches Kartellrecht, 10. Auflage, München 2006
- Lenz/Borchardt* *Lenz, Carl Otto / Borchardt, Klaus-Dieter:* Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, in der durch den Amsterdamer Vertrag geänderten Fassung, 3. Auflage, Köln 2003
- Lewisch BT I* *Lewisch, Peter:* Strafrecht Besonderer Teil I, 2. Auflage, Wien 1999

<i>Loebenstein/Kaniak</i>	<i>Loebenstein, Edwin/ Kaniak, Gustav:</i> Kommentar zum AHG, 2. Auflage, Wien 1990
<i>Loewenheim/Meessen/Riesenkampff</i>	<i>Loewenheim, Ulrich / Meessen, Karl M. / Riesenkampff, Alexander:</i> Kartellrecht, Band 1: Europäisches Recht, 2005
<i>Mayer</i>	<i>Mayer, Heinz:</i> Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, 8. EL, 2003
<i>Mestmäcker</i>	<i>Mestmäcker, Ernst Joachim,</i> Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München, Beck 2004
<i>Mestmäcker/Schweitzer</i>	<i>Mestmäcker, Ernst-Joachim / Schweitzer, Heike:</i> Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, 2004
<i>Nazerali/Cowan</i>	<i>Nazerali, Julie / Cowan, David:</i> Unlocking E.U. Distribution Rules – Has the European Commission Found the Right Keys?, ECLR 2000, 50
<i>Reidlinger/Hartung</i>	<i>Reidlinger, Axel / Hartung, Isabella:</i> Das neue österreichische Kartellrecht – Ein Handbuch für Praktiker, Wien 2006
<i>Rechberger/Simotta</i>	<i>Rechberger, Walter / Simotta, Daphne-Ariane:</i> Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Wien 2003
<i>Schröter/Jakob/Mederer</i>	<i>Schröter, Helmuth / Jakob, Thinam / Mederer, Wolfgang:</i> Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2003
<i>Schwarze</i>	<i>Schwarze, Jürgen:</i> EU-Kommentar, 2000
<i>Streinz</i>	<i>Streinz, Rudolf:</i> EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003
<i>von der Groeben/Schwarze</i>	<i>von der Groeben, Hans / Schwarze, Jürgen:</i> Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Auflage (2003)

INHALTSVERZEICHNIS

I. EINLEITUNG.....	19
A. Allgemeines.....	19
B. Europäisches Kartellrecht.....	20
1. Wettbewerb im EG-Vertrag	20
2. Wirtschaftspolitische Zielsetzung der EG – das Kartellrecht als Beschützer des freien Wettbewerbs.....	20
a. Aufgaben der Gemeinschaft nach Art 2 EGV	20
b. Die Tätigkeiten nach Art 3 EGV	21
3. Marktwirtschaft als Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft.....	22
C. Österreichisches Kartellrecht – Entwicklung im Überblick.....	24
1. Kartellrecht bis zum KartG 1951	24
2. Das Kartellgesetz 1951	26
3. Die Entwicklung bis 1972.....	26
4. Das Kartellgesetz 1972	27
5. Das Kartellgesetz 1988	28
II. DAS KARTELLGESETZ 2005	29
A. Die VO 1/2003	29
B. Wesentliche Änderungen des KartG 2005	32
III. PRIVATE ENFORCEMENT	36
A. Grundlagen	36
B. Rechtsnatur des Schadenersatzanspruches	37
1. Europarechtlicher, unmittelbarer Schadenersatzanspruch	37
2. Schadenersatzanspruch nach nationalem Recht.....	38
3. Rechtsprechung des EuGH.....	39
C. Rechtsnatur des Unterlassungsanspruches	43
1. Materielles Recht.....	43
a. Allgemeines	43
b. Unterlassungsklage bei Kartellrechtsverletzung	44
(1) Kartellgesetz	45
(2) Unterlassungsanspruch aufgrund der Verletzung eines Schutzgesetzes	45
(3) Allgemeiner deliktischer Unterlassungsanspruch	49
(4) Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG	50
D. Private Enforcement in Österreich	52
1. Rechtlicher Rahmen und dogmatische Einordnung des Schadenersatzanspruches.....	52
3. Gerichtszuständigkeit	55
4. Sammelklagen in Österreich	56
a. Die Sammelklage österreichischer Prägung.....	57
b. Defizite bei der Sammelklage österreichischer Prägung.....	59
c. Klagen aus dem UWG und aus dem KartG.....	59
5. Beweislast.....	60
6. Der Schaden	60
7. Der Fall „Fahrschulkartell“	63
D. Private Enforcement im Europarecht	65
1. Rechtlicher Rahmen	65
2. Der Beginn des Private Enforcement in Rechtsprechung und Lehre.....	66
2. Die Entscheidung Courage v Crehan	67
3. Der Fall Manfredi.....	70

4. Das Grünbuch der Kommission	76
5. Das Weißbuch der Kommission.....	77
6. Generelle Stellungnahmen	78
7. Harmonisierung von Private Enforcement?	82
a. Zivilrechtskompetenz der Gemeinschaft?	82
b. Rechtsgrundlage	84
(1) Art 83 EGV.....	85
(2) Art 65 lit c EGV.....	87
(3) Art 95 EGV.....	88
(4) Art 308 EGV.....	88
c. Subsidiarität.....	89
d. Verhältnismäßigkeit	92
e. Zusammenfassende Bewertung.....	94
8. Zusammenfassende Bewertung und Stellungnahme zum Grün- und Weißbuch.....	94
IV. SONDERPROBLEMATIKEN	99
A. Disclosure Problematik	99
1. Disclosure Problematik im Europarecht	99
a. Rechtlicher Rahmen	99
b. Das Grünbuch der Kommission	101
(1) Besondere Regeln für die Offenlegung von Urkundsbeweisen.....	101
(2) Besondere Regeln für Dokumente, die sich im Besitz einer Wettbewerbsbehörde befinden	102
(3) Milderung der Beweislast des Klägers	103
c. Das Weißbuch der Kommission.....	104
d. Rechtsprechung zur Disclosure Problematik im Europarecht.....	104
(1) Der Fall Denkavit	105
(2) Der Fall British American Tobacco.....	109
(3) Der Fall Kuijer	112
(4) Der Fall Lombard-Club	115
2. Österreichisches Recht	119
a. Auskunftspflicht der Bundeswettbewerbsbehörde	119
b. Rechtslage in Österreich.....	120
(1) Offenlegungspflicht von Urkunden für den Gegner.....	120
(2) Urkundenvorlage von Dritten und Beischaffung von Akten.....	121
(3) Offenlegungspflicht von Augenscheinsgegenständen.....	124
(4) Vernehmung der Gegenpartei.....	124
3. Recht auf Akteneinsicht vs Kronzeugenprogramm	125
4. Zusammenfassende Bewertung.....	126
B. Berechnung der Höhe des Schadenersatzes.....	128
B. Berechnung der Höhe des Schadenersatzes.....	128
1. Schaden des Käufers durch erhöhte Preise	128
a. Die Differenz - Methode	130
b. Die „Yardstick“ - Methode	131
c. Die Stückkosten - Methode	132
d. Die Preisvorhersage-Methode	134
e. Das theoretische Simulationsmodell	136
f. Bereicherung des Unternehmens	139
g. Zusammenfassende Bewertung.....	140
2. Schaden des Konkurrenten.....	141

a. Die Grundstruktur.....	142
b. Berechnungsmöglichkeiten des entgangenen Gewinns	142
3. Vorschläge des Grünbuchs.....	145
4. Die Vorschläge des Weißbuchs.....	145
5. Stellungnahmen	146
C. Umfang des Schadenersatzes.....	149
1. Mögliche Arten	149
a. Kompensatorischer Schadenersatz	149
b. Herausgabe der unrechtmäßigen Bereicherung.....	149
c. Punitive Damages	150
2. Europäische Rechtsprechung	150
3. Erhöhter Schadenersatz in europäischen Rechtsordnungen.....	150
4. Österreichisches Recht	151
5. Die Vorschläge des Grünbuchs	152
6. Die Vorschläge des Weißbuchs.....	152
7. Stellungnahmen zum Umfang des Schadenersatzes	153
7. Zusammenfassende Bewertung.....	155
D. Zinsen	157
1. Mögliche Zeitpunkte	157
2. Zinsen in europäischen Rechtsordnungen.....	157
4. Österreichisches Recht	158
4. Die Vorschläge des Grünbuchs und die Behandlung im Weißbuch	158
5. Stellungnahmen	159
6. Zusammenfassende Bewertung.....	159
E. Passing on Problematik.....	160
1. Grundproblematik	160
2. Europäische Rechtsprechung	161
3. Passing on defense in den Vereinigten Staaten.....	162
4. Österreichisches Recht	163
5. Die Vorschläge des Grünbuchs	164
6. Vorschläge des Weißbuchs	165
7. Stellungnahmen	165
8. Zusammenfassende Bewertung.....	167
F. Besondere Verfahren.....	172
1. Bagatellverfahrens-VO	172
2. Vorschläge des Grünbuchs	175
a. Small Claims Procedure	176
b. Sammelklage	176
3. Vorschläge des Weißbuchs	177
4. Stellungnahmen	178
5. Zusammenfassende Bewertung.....	179
G. Prozesskosten	181
1. Vorschläge des Grünbuchs.....	181
2. Vorschläge des Weißbuchs	182
3. Stellungnahmen	182
4. Zusammenfassende Bewertung.....	184
H. Verschulden.....	186
1. Allgemeines.....	186
2. Österreichisches Recht	187

3. Die Vorschläge des Grünbuchs	187
4. Die Vorschläge des Weißbuchs.....	188
5. Stellungnahmen	189
5. Zusammenfassende Bewertung.....	190
V. VERTIKALE VEREINBARUNGEN.....	192
A. Die Bedeutung des Vertriebes	192
B. Begriffsbestimmung	193
1. Markenzwang	193
2. Vertriebsbeschränkung.....	196
3. Vertikale Preisbindungen beim Wiederverkauf	199
4. Marktaufteilung	201
C. Vertriebssysteme	202
1. Selektiver Vertrieb	202
a. Fachhandelsbindungen	203
b. Zulässigkeit von selektiven Vertriebssystemen	204
2. Alleinvertrieb	206
3. Alleinbezug	208
4. Franchising	209
D. Vertikale Vertriebsbindungen im Kartellgesetz 2005	212
E. Freistellungen.....	213
F. Vertikale Koordinierungen (VO 2790/1999).....	222
VI. PRIVATE ENFORCEMENT BEI VERTIKALEN BINDUNGEN.....	226
A. Disclosure Problematik bei vertikalen Vereinbarungen.....	226
B. Berechnung der Höhe des Schadenersatzes bei der Verletzung des Kartellrechts aufgrund von vertikalen Vereinbarungen.....	228
1. Berechnung der Höhe des Schadenersatzes des Herstellers.....	228
2. Berechnung der Höhe des Schadenersatzes des Abnehmers	230
3. Berechnung der Höhe des Schadens des Endverbrauchers.....	231
C. Umfang des Schadenersatzes bei vertikalen Vereinbarungen	232
D. Passing-on defense bei vertikalen Vereinbarungen.....	235
1. Relevanz bei vertikalen Vereinbarungen	235
a. Passing-on defense bei Markenzwang.....	235
b. Passing-on defense bei Vertriebsbeschränkungen	236
(1) Kunden- und Gebietsbindung	236
(2) Alleinbelieferung	237
(3) Ausschließliche Kundenzuteilung	237
(4) Vorgabe von Absatzmengen.....	238
(5) Selektiver Vertrieb.....	238
c. Passing-on defense bei Preisbindungen.....	238
d. Passing-on defense bei horizontaler Wirkung vertikaler Vereinbarungen.....	239
2. Besonderheiten der passing-on defense bei vertikalen Vereinbarungen.....	240
E. Prozesskosten bei vertikalen Vereinbarungen	240
F. Verschulden bei Schadenersatzklagen wegen Verletzung des Kartellrechts durch vertikale Vereinbarungen	242
1. Allgemeines.....	242
2. Österreichisches Recht	242
3. Entschuldigbarer Rechtsirrtum bei vertikalen Vereinbarungen	243
a. Markenzwang	244
b. Vertriebsbeschränkungen	245

c. Preisbindung der zweiten Hand.....	245
d. Selektive Vertriebssysteme	245
e. Alleinbezug.....	246
f. Franchising.....	247
4. Zusammenfassende Bewertung.....	247
VII. ABSCHLIESSENDE BEMERKUNGEN UND AUSBLICK	249

ANHANG:

Zusammenfassung

Lebenslauf

I. EINLEITUNG

„Kaufen, was einem die Kartelle vorwerfen; lesen, was einem die Zensoren erlauben; glauben, was einem die Kirche und Partei gebieten. Beinkleider werden zur Zeit mittelweit getragen. Freiheit gar nicht.“ (Kurt Tucholsky zum Verhältnis zwischen Wettbewerb und Freiheit)

A. Allgemeines

Durch die auftretende Konkurrenz wirkt der Wettbewerb für die Wirtschaft leistungssteigernd und führt als „Triebfeder der wirtschaftlichen Evolution“ zu mehr Wachstum. Wettbewerb hat eine Steuerungsfunktion, wenn Angebot und Nachfrage individueller Wettbewerber durch den Wettbewerb vom Markt bestimmt werden. So wird der Wettbewerb zum Ordnungsprinzip für eine gesamte Volkswirtschaft.

Das Kartellrecht ist zu einem essentiellen Bestandteil des modernen Wirtschaftslebens geworden. Gerade in einer Zeit der zunehmenden Globalisierung und einer damit einhergehenden wachsenden Konzentration von Großkonzernen wirkt das Kartellrecht als notwendiges Korrektiv. So bleiben die gesamtwirtschaftlichen Vorteile des Wettbewerbs, nämlich niedrige Preise, eine höhere Qualität, mehr Auswahl und ständige Produktinnovationen, erhalten.

Sinn und Zweck des Kartellrechts ist es also in erster Linie, den Wettbewerb zu schützen und damit zu fördern. Es stehen also die günstigen gesamtwirtschaftlichen Wirkungen und die ökonomische Nützlichkeit im Vordergrund. Das Kartellrecht ist so ein wirtschaftspolitisches Instrument, mit deren Hilfe ein mehr oder weniger freies Wettbewerbssystem gewährleistet werden kann.¹

Das Konzept der Vertragsfreiheit setzt voraus, dass genügend Auswahlmöglichkeiten den einzelnen Marktteilnehmern zur Befriedigung der Bedürfnisse zur Verfügung stehen. Wettbewerb stellt eine Voraussetzung für privatautonomes Handeln dar. Ohne eine

¹ Koppensteiner, 11.

ausreichende Anzahl an Konkurrenten, hat ein Marktteilnehmer keine Möglichkeit, von einem Wettbewerb der Marktgegenseite zu profitieren.²

B. Europäisches Kartellrecht

1. Wettbewerb im EG-Vertrag

Der EG-Vertrag (EGV) definiert nicht was unter dem Begriff „Wettbewerb“ zu verstehen ist. Hilfen für eine teleologische Auslegung finden sich aber in der Präambel und in Artt 2 und 3 EGV. Die Präambel unterstützt den Gedanken der einverständlichen Beseitigung der bestehenden Hindernisse, damit eine beständige Wirtschaftsausweitung, ein ausgewogener Handelsverkehr und ein redlicher Wettbewerb zustande kommen kann. Art 2 EGV normiert, dass es Aufgabe der Gemeinschaft ist, insbesondere durch die Errichtung eines gemeinsamen Marktes eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens zu fördern. Nach Art 3 EGV gehört die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt zu den Tätigkeiten der Gemeinschaft iSd Art 2 EGV. Nach Ansicht des EuGH kommt den Artt 2 und 3 lit g EGV der Status von wettbewerbsrechtlichen Grundsatznormen des Vertrages zu, weshalb auch eine Rückbesinnung auf diese Grundsatznormen gefordert wurde.³

Nach Auslegung des EuGH bedeutet ein wirksamer Wettbewerb also, dass auf dem jeweiligen Markt so viel Wettbewerb vorhanden sein muss, dass die grundlegenden Forderungen des Vertrages erfüllt und seine Ziele, insbesondere die Bildung eines einzigen Marktes mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen, erreicht werden.⁴

2. Wirtschaftspolitische Zielsetzung der EG – das Kartellrecht als Beschützer des freien Wettbewerbs

a. Aufgaben der Gemeinschaft nach Art 2 EGV

² *Koppensteiner*, 18.

³ EuGH, 13.7.1966, „Italienische Klage“, Slg. 1966, 457, 483; 21.12.1973, „Continental Can“, Slg. 1973, 215, 245; 13.2.1979, „Hoffmann-La Roche“, Slg. 1979, 461, 554; 30.1.1985, „BNIC“, Slg. 1985, 391.

⁴ EuGH, 25.10.1977, „Metro/Saba I“, Slg. 1977, 1875, 1905.

Nach Art 2 EGV ist es Aufgabe der Gemeinschaft, durch die Errichtung eines gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion sowie durch gemeinsame Politiken oder Maßnahmen

- eine harmonische und ausgewogene Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft,
 - ein beständiges, nicht inflationäres und umweltverträgliches Wachstum,
 - einen hohen Grad von Konvergenz der Wirtschaftsleistungen,
 - ein hohes Beschäftigungsniveau,
 - ein hohes Maß an sozialem Schutz,
 - die Hebung der Lebenshaltung und Lebensqualität,
 - den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt und
 - die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten
- zu fördern.

Diese Ziele sollen durch zahlreiche Tätigkeiten erreicht werden. In Art 3 EGV folgt daher eine Zuweisung der Tätigkeiten zu den einzelnen Zielen. Dabei stellt die Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes die wichtigste Aufgabe der Gemeinschaft dar.⁵ Die Wettbewerbsregeln, welche diesen Binnenmarkt regeln, wurden in dem Teil des Vertrages festgeschrieben, der sich mit den Politiken der Gemeinschaft befasst. Sie gehören daher zu den langfristigen, auf Dauer angelegten Zielen der Gemeinschaft.

b. Die Tätigkeiten nach Art 3 EGV

Gem Art 3 lit g EGV gehört zu den Aufgaben die Errichtung eines „Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt“. Gemeinsam mit den Artt 98 S. 2 und 105 Abs 1 S. 3 und 157 Abs 1 EGV verpflichtet sich die Gemeinschaft „dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“. Diese offene Marktwirtschaft ist aber nicht Selbstzweck sondern dient dem Ziel, den gemeinsamen Binnenmarkt durch Wettbewerb und nicht durch staatliche Eingriffe zu erreichen.

⁵ *Langen/Bunte*, Bd II, 4 ff.

Die in Art 3 lit g EGV proklamierte Forderung nach Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt, kommt nach Ansicht des EuGH unmittelbare normative Wirkung zu.⁶

Da die Steuerung des freien Verkehrs von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital in der Gemeinschaft nicht durch staatlichen Plan oder hoheitliche Eingriffe erfolgen soll, sind bestimmte staatliche Maßnahmen, die den Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt verfälschen, verboten. Dies wird in Art 84 EGV normiert.

Aber nicht nur staatliche Beihilfen, Zölle und Kontingente können den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Derselbe negative Effekt kann auch durch private Marktaufteilung erzielt werden. Deswegen normieren die Artt 81 und 82 EGV ein Verbot von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, Beschlüssen und Verhaltensweisen, welche geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, sowie ein Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Dabei sind Artt 81 und 82 EGV im Sinne der Artt 2, 3 lit g EGV so auszulegen und so anzuwenden, dass sie einen wirksamen Wettbewerb herbeiführen.⁷

3. Marktwirtschaft als Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft

Im EG-Vertrag findet sich keine ausdrückliche Bestimmung über eine Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft. Es zeigt sich aber nach näherer Betrachtung, dass der Vertrag ordoliberal geprägt ist und das Grundprinzip einer marktorientierten Wettbewerbswirtschaft gewollt ist. Dies sieht man auch daran, dass Markt und Wettbewerb als vorrangige Instrumente zur Regulierung der Wirtschaftsabläufe angesehen werden.

Aus den Artt 2 und 3 lit g EGV lässt sich ablesen, dass die Herstellung und Bewahrung eines freien, dem Wettbewerbsprinzip verpflichteten Binnenmarkt gewollt ist. Das

⁶EuGH, 21.2.1973, „Continental Can“, Slg. 1973, 215, 243f.

⁷EuGH, 6.3.1974, Rs „Commercial Solvents“, Slg. 1974, 223, 254; 13.2.1979, Rs „Hoffmann-La Roche“, Slg. 1979, 461, 552.

Wettbewerbsprinzip stützt sich auf die Grundfreiheiten der Vertrags- und Wettbewerbs- sowie der Berufs- und Vereinigungsfreiheit.⁸

Daher ist die Wirtschaftsverfassung der EG grundsätzlich offen.⁹ Sie beruht aber auf marktwirtschaftlichen Grundlagen, in dem Sinne, dass – wenn keine Regelungen über Wirtschaftslenkung der Gemeinschaft vorhanden sind – sich die Marktwirtschaft durchsetzt.¹⁰

Dabei ist es aber nicht Sinn und Zweck die Wirtschaftsverfassung der Mitgliedstaaten zu ersetzen oder zu harmonisieren. Dies widerspräche der föderalen Struktur der Gemeinschaft. Es werden lediglich einzelstaatliche Mittel zur Erreichung dieser Ziele verwendet. Die Gemeinschaft schafft nur jene gemeinsame Zuständigkeiten, die notwendig sind um sie zu erreichen.¹¹

Die Wirtschaftsordnung der EG wird stark vom Wettbewerb bestimmt. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass eine beständige Wirtschaftsausweitung und ein ausgewogener Handelsverkehr nicht nur die Beseitigung der bestehenden Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr voraussetzen, sondern auf Dauer nur bei redlichem Wettbewerb gewährleistet ist.¹² Der Vertrag verbürgt neben den vier Grundfreiheiten also auch die Freiheit des Wettbewerbs.¹³

Dieser Gedanke zieht sich auch durch alle später hinzutretenden Regeln des Vertrages. So ist die Wirtschaftspolitik auf die Verwirklichung der Ziele der Gemeinschaft auszurichten. Die Europäischen Zentralbanken haben gem Art 105 Abs 1 EGV nach dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft vorzugehen, wenn sie währungspolitische Maßnahmen setzen, um die Preisstabilität zu sichern oder die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Gemeinschaft zu unterstützen. Nach demselben System muss die Förderung des Auf- und Ausbaus transeuropäischer Netze (Art 154 EGV) oder der Wettbewerbsfähigkeit der Industrie der Gemeinschaft (Art 157 EGV) erfolgen.

⁸ Mestmäcker/Schweitzer, § 2 Rn. 30 ff.

⁹ Siehe dazu auch EuGH, 17.12.1970, „Internationale Handelsgesellschaft“, Slg. 1970, 1125.

¹⁰ EuGH, 21.2.1973, „Continental Can“, Slg. 1973, 215, 245; 29.10.1980, „Maizena“, Slg. 1980, 3393, 3421.

¹¹ Langen/Bunte, Bd II, 4 ff.

¹² EuGH, 13.7.1966, „Italienische Klage“, Slg. 1966, 457, 483.

¹³ EuGH, 7.2.1985, „Altöle“, Slg. 1985, 531, 547.

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass die Wettbewerbsfreiheit einen Grundpfeiler der durch den EG- Vertrag geschaffenen marktwirtschaftlichen Ordnung darstellt. Gemeinsam mit den vier Grundfreiheiten zählt sie zu den konstituierenden Elementen des Binnenmarktes (Art 14 Abs 2 EGV) und ist Grundvoraussetzung für das Erreichen der allgemeinen Vertragsziele (Art 2 EGV).

Voraussetzung für einen wirksamen Wettbewerb ist die Selbständigkeit unternehmerischer Entscheidungen und die freie Wahlmöglichkeit der Verbraucher zwischen Erzeugnissen und Dienstleistungen.¹⁴ Geschützt werden sollen aber nicht nur Unternehmer und Verbraucher, sondern auch das öffentliche Interesse.¹⁵

C. Österreichisches Kartellrecht – Entwicklung im Überblick

1. Kartellrecht bis zum KartG 1951

Ab dem Ende des 18. Jahrhunderts gab es keinen freien Wettbewerb, der Markt wurde durch die mittelalterliche Zunftverfassung geprägt. Einerseits wurde der Wettbewerb dadurch beschränkt, dass Dritte, die nicht in Zünften organisiert waren vom Wettbewerb ausgeschlossen wurden. Andererseits gab es auch Beschränkungen für Mitglieder der einzelnen Zünfte.

Dies änderte sich mit dem Übergang zum Prinzip der Privatautonomie in Gestalt von Gewerbe- und Vertragsfreiheit. Eine Änderung der Normen zur Durchsetzung und Erhaltung des Wettbewerbs war notwendig.

Die ersten strafrechtlichen und zivilrechtlichen Regelungen konzentrierten sich auf die Erfassung von Preisabsprachen. Entsprechende Normen finden sich einerseits im § 227 StGB 1803, später im StGB 1852.

¹⁴ Siehe dazu GA Mayras, 14.7.1972, „ICI“, Slg. 1972, 619, 667.

¹⁵ EuGH, 26.6.1980, „National Panasonic“, Slg. 1980, 2033, 2057.

Mit dem Koalitionsgesetz von 1870 wurde die strafrechtliche Sanktion des StGB 1852 für Preisabsprachen aufgehoben. Dafür wurden Verträge über Preisabsprachen als nichtig erklärt. Von diesem Koalitionsgesetz umfasst waren in erster Linie Zusammenschlüsse auf den Arbeitsmärkten. Aufgrund der florierenden Wirtschaft der Gründerjahre in Österreich gab es kaum Kartelle, somit zielte das Koalitionsgesetz nicht darauf ab eine kartellrechtliche Problematik zu beseitigen.

Aufgrund der großen Depression 1873 – 1896 kam es jedoch zu einem intensiven Konzentrations- und Kartellierungsprozess. Es war nun notwendig, diesem Prozess entgegenzuwirken. Dies führte zu einer Strukturänderung der österreichischen Wirtschaft. Durch extensive Auslegung des § 4 Koalitionsgesetz versuchte der OGH Kartellen entgegenzuwirken. Nach § 4 Koalitionsgesetz waren Verabredungen von Gewerbsleuten zu dem Zweck, den Preis einer Ware zum Nachteil des Publikums zu erhöhen, nichtig. Der Begriff „Gewerbsleute“ wurde nun auch auf Industrieunternehmen ausgedehnt. Besonders hervorzuheben und im Zusammenhang mit dem in dieser Arbeit behandelten Thema des Private Enforcement ist, dass das Gericht schon damals den Zweck des Koalitionsgesetzes darin sah, „die Konsumenten einer Ware vor einer künstlichen Verteuerung durch Verabredung der Produzenten zu schützen“.

Trotz der extensiven Auslegung des OGH war § 4 KoalitionsG jedoch relativ wirkungslos. Einerseits wirkte die zivilrechtliche Nichtigkeit nur dann, wenn sie gerichtlich geltend gemacht wurde. Diese Bestimmung entfaltete also nur dann seine Wirkung, wenn Streitigkeiten zwischen den Kartellanten entstehen sollten. Selbst in diesem Falle jedoch konnte die Wirkung von § 4 Koalitionsgesetz dadurch ausgeschaltet werden, dass eine Schiedsvereinbarung getroffen wurde. Schiedsgerichte wendeten nämlich zu dieser Zeit § 4 KoalitionsG nicht an und werteten entsprechende Vereinbarungen nicht als nichtig.

Diesen Schwächen entgegenwirkende Regierungsvorlagen zur „verwaltungsrechtlichen Regelung der Unternehmensverbände“ stießen jedoch auf heftigen Widerstand und wurden nicht Gesetz (Regierungsvorlagen der Jahre 1897, 1901 und 1904). Im Zuge der Krise nach dem 1. Weltkrieg stand im Vordergrund, diese Krise zu bewältigen. Da nach damaliger herrschender Ansicht der freie Wettbewerb eher nachteilige als positive Folgen habe würde, änderte sich nun die Einstellung zu Kartellen. Zum einen legte die Rechtssprechung § 4

KoalitionsG eher kartellfreundlich aus. Andererseits äußerte sich eine solche Kartellfreundlichkeit auch durch den Erlass des sog. Untersagungsgesetz aus 1937. Nach diesem Gesetz konnte die Aufnahme von neuer unternehmerischer Tätigkeit untersagt werden, wenn dadurch die Wettbewerbsverhältnisse nach Ansicht der zuständigen Behörde in wirtschaftlich ungesunder Weise beeinflusst werden würde.

Diese Entwicklung hatte eine sehr intensive Kartellstruktur der österreichischen Wirtschaft zur Folge. Durch die Einführung des deutschen Kartellrechts in Österreich nach 1938 kam es zu keiner gravierenden Änderung des österreichischen Systems. Die österreichische Wirtschaft war bereits weitgehend durch Kartelle organisiert, es bestanden auch umfassende und detaillierte Preisregelungen. Die Wettbewerbsfreiheit war zu diesem Zeitpunkt praktisch ausgeschlossen.

2. Das Kartellgesetz 1951

Aufgrund der fehlenden organisatorischen Voraussetzungen konnte nach dem zweiten Weltkrieg das deutsche Kartellrecht in Österreich nicht angewendet werden. Durch die starke Reduzierung öffentlich-rechtlicher Preisregelung nach 1945 versuchte die österreichische Unternehmerschaft die frühere staatliche Regelung der Marktbeziehungen durch Privatvereinbarungen zu ersetzen. Um dem negativen Voraussetzungen auf das Preisniveau entgegenzuwirken, wurde 1951 schließlich das Kartellgesetz 1951 beschlossen (KartG 1951).

Grundlegend für das KartG 1951 war die Meinung, dass Kartelle wegen ihrer konjunkturausgleichenden und marktstabilisierenden Wirkung volkswirtschaftlich nützlich sein können. Daher wurden Kartelle zwar nach Prüfung zugelassen, wurden jedoch einem Registerzwang unterworfen. Kartelle wurden ins Register aufgenommen, wenn sie nicht geeignet erschienen, die Preise, die Erzeugung oder den Absatz der betroffenen Güter unter Berücksichtigung der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten negativ zu beeinflussen.

3. Die Entwicklung bis 1972

In den folgenden Novellierungen wurde der allzu kartellfreundlich eingeschätzten Judikatur der Kartellkommissionen und den neuen Entwicklungen auf den Märkten Rechnung getragen.

So wurde der Begriff der Vereinbarung um rechtlich unverbindliche Absprachen und Preisempfehlungen für Unternehmen ohne ausdrücklichen Unverbindlichkeitshinweis erweitert. Weiters wurde nun für die Eintragung eine gesamtwirtschaftliche Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung gefordert und nur noch auf schwerwiegende betriebliche Nachteile Bedacht genommen. Erstmals wurde ein sozialpartnerschaftlich besetzter paritätischer Ausschuss eingeführt.

4. Das Kartellgesetz 1972

Aufgrund der Abkommen vom 22.7.1972 zwischen den Europäischen Gemeinschaften einerseits und Österreich andererseits, durch die eine Freihandelszone im Verhältnis Österreichs zu den europäischen Gemeinschaften errichtet werden sollte, wurden alle Zollschränken und mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen im Handelsverkehr zwischen den Vertragspartnern abgebaut. Da diese Verträge davon ausgehen, dass Beschränkungen auch durch private Wettbewerbsbeschränkungen entstehen können, war die Neuregelung des Österreichischen KartG notwendig. Das war der Anlass für das KartG 1972. Darüber hinaus sollte der Wettbewerb durch die strengere Behandlung von wirtschaftspolitisch bedeutsamen Kartellen gefördert werden. Andererseits aber auch die zwischenbetriebliche Zusammenarbeit, soweit sie zu einer Produktivität führt, begünstigt werden und Kartelle, denen wirtschaftspolitisch nur geringes Gewicht zukommt, weniger streng als bisher behandelt werden.

Einerseits hält das KartG 1972 am Konzept der Kartellregistrierung fest, andererseits trägt das Gesetz dem Funktionszusammenhang zwischen dezentraler Wirtschaftsorganisation (Privatautonomie) und Wettbewerb doch erheblich besser Rechnung, als dies vorher der Fall war. Während seiner Geltungsdauer wurde das KartG 1972 nur geringfügig geändert. Diese Änderungen gründeten sich durchwegs an Anpassungen an Änderungen in anderen Gesetzen.

Aufgrund der extremen Nachfragemacht von Handelsunternehmen wurde auf Druck der Sozialpartner 1986 der Entwurf für ein neues KartG erstellt. Geändert wurde darin die Befristung der Kartelle auf 5 Jahre, die Umschreibung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmers auch nach qualitativen Kriterien mit dem Ziel, die Nachfragemacht besser erfassen zu können, eine Erweiterung des Antragsrechts im Verfahren wegen des

Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung zugunsten der von einem Missbrauch Betroffenen und die Einführung sog. Branchenuntersuchungen durch den Paritätischen Ausschuss.

5. Das Kartellgesetz 1988

Das Hauptanliegen dieses neuen Gesetzesentwurfes war es, das Kartellrecht wirksamer zu machen. Aufgrund des entscheidenden Einflusses der Sozialpartner auf den Gesetzesinhalt konnten jedoch Auslegungsunsicherheiten in zentralen Fragen nicht geklärt werden. Insbesondere in der Frage der Bedeutung des gemeinsamen Interesses und der Abgrenzung zwischen Absichts- und Wirkungskartell blieben Fragen offen. Dies führte dazu, dass es an den Gerichten war, die unsicheren Formulierungen des Gesetzes auszulegen.

Durch die KartellG-Novelle 1993 wurden die tragenden Grundsätze des Gesetzes weitgehend unberührt gelassen. Neu gefasst wurden allerdings die Bestimmungen über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Besonders für diese Arbeit hervorzuheben ist die Änderung im Tatbestandsbereich für vertikale Vertriebsbindungen, insbesondere die Regelung des § 8 a KartG 1988 (Novelle 1993). Hier wurde die Antragsbefugnis vor dem Kartellgericht auf Personen, deren rechtliche und wirtschaftliche Interessen von einem kartellrechtsverdächtigen Sachverhalt betroffen werden, ausgeweitet.

II. DAS KARTELLGESETZ 2005

Mit 1.1.2006 trat das Kartellgesetz 2005 in Kraft. Es löste das Kartellgesetz 1988 ab. Eine der wichtigsten Änderungen des Gesetzes ist die verfahrensrechtliche Anpassung des österreichischen Kartellrechts an die (schon davor direkt geltende) EG-Verordnung 1/2003.¹⁶

A. Die VO 1/2003¹⁷

Am 16.12.2002 wurde die neue Verordnung zur Durchführung der in Art 81 und 82 EGV erlassen und trat am 1.5.2004 in Kraft. Grund für die Modernisierung war, dass ein zentral gehandhabtes Anmelde- und Genehmigungssystem den Anforderungen an die Wettbewerbspolitik einer Gemeinschaft von 25 Mitgliedstaaten mit mehr als 450 Mio Bürgern nicht mehr gewachsen war. Die seit den 60er Jahren von der Kommission unternommenen Versuche, Unternehmen davon abzubringen, zahllose Routineanmeldungen vorzunehmen und damit Ressourcen der Kommission für die proaktive Verfolgung schwerwiegender Kartellverstöße freizuhalten, hatten bald ihre Grenze erreicht und nicht den gewünschten Erfolg gebracht.

Wichtigste Neuerung ist wohl das Abgehen vom Anmeldesystem und die Einführung des Legalausnahmesystems. Dabei finden sich die Tatbestandsmerkmale der Ausnahme des Kartellverbots bereits im Gesetz und Sachverhalte müssen von Unternehmen selbst beurteilt werden. Wird eine der Wettbewerbsregeln verletzt, schreitet die Kommission oder eine nationale Wettbewerbsbehörde ein, um dieses Verhalten zu unterbinden. Da damit auch Geldbußen verbunden sein können, liegt das nun erhöhte Risiko der Unternehmen auf der Hand. Ein Fehler in der rechtlichen Beurteilung kann ein Unternehmen teuer zu stehen kommen.

Als zweite wichtige Neuerung wird die Zuständigkeit neu geregelt. Zwar ist grundsätzlich noch immer die Kommission zur Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrages zuständig, in Artikel 5 der Verordnung wird jedoch geregelt, dass auch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten zur Anwendung befugt sind. Sie dürfen nun ebenfalls Entscheidungen

¹⁶ Kritisch zum Legalausnahmesystem *Thurnher*, Einige Thesen zur Reform des österreichischen Kartellrechts, RdW 2000,502.

¹⁷ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1, im folgenden „VO 1/2003“.

erlassen, mit denen eine Abstellung von Zuwiderhandlungen angeordnet wird, einstweilige Maßnahmen anordnen, Verpflichtungszusagen von Unternehmen annehmen, Geldbußen und Zwangsgelder verhängen oder entscheiden, dass die Voraussetzungen für ein Tätigwerden nicht gegeben sind.

Neu ist, dass die Einführung der Legalausnahme den Verlust des Freistellungsmonopols bedingt. In den Artt 7 bis 10 VO 1/2003 ist nämlich nun keine Kompetenz der Kommission mehr für konstitutive Freistellungsentscheidungen enthalten.¹⁸

Eine „Flucht“ in die Anmeldung ist nicht mehr möglich. Dabei handelte es sich um die Möglichkeit des alten Systems eine wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise, die nicht durch eine Gruppen- oder Einzelfreistellung begünstigt war, zumindest für die Dauer der Prüfung durch die Kommission bußgeldfrei zu halten. Durch das Legalausnahmesystem wird das Bußgeld jedoch seit dem ersten Tag der Verletzungshandlung berechnet.¹⁹

Auch Gerichte sind nun zur Anwendung der besagten Artikel befugt. Grund dieser Änderung war die Tatsache, dass das alte zentralisierte System die europäischen Behörden überlastet hatte. Durch die Systemänderung sollte den Zielen einer möglichst wirksamen Überwachung und einer möglichst einfachen Verwaltungskontrolle Rechnung getragen werden.

Weiters wurde nun die Beweislastverteilung so geregelt, dass die Beweislast für eine Zuwiderhandlung der Partei oder der Behörde obliegt, die diesen Vorwurf erhebt. Die Beweislast für das Vorliegen einer Ausnahme nach Art 81 Abs 3 EGV obliegt dem Unternehmen, welches sich auf diese Bestimmung beruft.

Bezüglich des Verhältnisses von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht wird normiert, dass grundsätzlich Gemeinschaftsrecht Vorrang genießt. Besteht jedoch eine strengere Regel nach nationalem Recht, so kann auch diese angewendet werden (Art 3 VO 1/2003).

¹⁸ *Langen/Bunte*, Bd II, 603.

¹⁹ *Schütz*, WuW 2000, 686, 689f; *Röhling*, GRUR 2003, 1019, 1020.

Gruppenfreistellungsverordnungen gibt es auch weiterhin. Allerdings haben nun die Kommission und die nationale Wettbewerbsbehörde die Möglichkeit, im Einzelfall einem Unternehmen diese Freistellung zu entziehen.

Neu ist auch, dass die Kommission über eine Abstellung einer Zuwiderhandlung entscheiden kann, wenn diese Zuwiderhandlung bereits beendet ist. Dies erleichtert vor allem die Beweisführung in nachfolgenden Schadenersatzprozessen. Sie kann nun auch Verpflichtungszusagen von Unternehmen entgegennehmen und für bindend erklären.

Um der drohenden Rechtsunsicherheit und den potentiellen Investitionsausfällen im europäischen Raum entgegen zu wirken, sind auch deklaratorische Entscheidungen möglich. Darüber hinaus stärken solche Entscheidungen auch die einheitliche Rechtsanwendung in der Gemeinschaft.

Kommission und nationale Wettbewerbsbehörden sollen ein Netzwerk von Behörden bilden in dem der gegenseitige Informationsaustausch eine zentrale Rolle spielt. Es soll auch die Zusammenarbeit der Kommission mit den Gerichten ausgebaut werden.

Die Kommission und die nationalen Wettbewerbsbehörden bekommen weitreichende Ermittlungsbefugnisse. Dazu zählt zum einen die Untersuchung einzelner Wirtschaftszweige und einzelner Arten von Vereinbarungen. Bei Anzeichen von Einschränkungen oder Verfälschungen des Wettbewerbes kann die Kommission von den betreffenden Unternehmen Auskünfte verlangen und Nachprüfungen vornehmen.

Im allgemeinen kann die Kommission zur Erfüllung ihrer Aufgaben – mit oder ohne Entscheidung – von Unternehmen verlangen, dass sie die erforderliche Auskunft erteilen. Sie kann auch alle natürlichen und juristischen Personen befragen, die der Befragung zustimmen. Im Zuge der Nachprüfungsbefugnisse darf die Kommission alle Räumlichkeiten und Transportmittel von Unternehmen betreten, Geschäftsunterlagen prüfen, Kopien anfertigen, Bücher und Räume versiegeln, von Mitarbeitern Erläuterungen verlangen, sowie sonstige Räumlichkeiten und Transportmittel zu betreten.

In Verbindung mit diesen Kompetenzen soll auch auf die Möglichkeit der Verhängung von Zwangs- und Bußgeldstrafen hingewiesen werden. Die Nachprüfungscompetenz der Entscheidungen der Kommission kommt dem Europäischen Gerichtshof zu.

Die Zusammenschlusskontrolle wird durch die Verordnung nicht berührt.

B. Wesentliche Änderungen des KartG 2005

Der Gesetzgeber nahm die von der Vorgaben auf Gemeinschaftsebene (VO 1/2003) zum Anlass, das KartG als solches grundlegend umzugestalten und das Gesetz mit dem Europarecht zu harmonisieren.²⁰ Dafür werden mehrere Gründe angeführt. Zum einen wäre es gegenüber Betroffenen nicht erklärbar, wenn zwei unterschiedliche Rechtssysteme nebeneinander zur Anwendung kämen. Dies wäre weder der Wunsch rechtsanwendender Organe noch der Rechtsunterworfenen. Zum anderen wäre ein System der Kartellverwaltung, wie es in der Nachkriegszeit geschaffen worden ist, nicht mehr zeitgemäß, weil sich die politischen und wirtschaftlichen Bedingungen geändert hätten.

Zuletzt wäre es auch schwierig zu argumentieren, dass Wettbewerbsbeschränkungen von gemeinschaftlicher Bedeutung innerhalb der Grenzen der Legalausnahme ohne Befassung einer Behörde durchgeführt werden können, während wirtschaftlich weniger bedeutende Wettbewerbsbeschränkungen, die nur dem innerstaatlichen Kartellrecht unterliegen, weiterhin nur nach Genehmigung durch das Kartellgericht durchgeführt werden dürfen.²¹

Die Harmonisierungsbestrebungen lassen sich anhand mehrerer Beispiele zeigen: In § 1 KartG 2005 ist das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen nach Art 81 Abs 1 EGV nachgebildet, wörtlich wurde die Aufzählung der verbotenen Verhaltensweisen übernommen, die Ausnahmebestimmung des § 2 Abs 1 entspricht dem Art 81 Abs 3 EGV und durch die Verordnungsermächtigung in § 3 KartG 2005 kann in der Freistellungsverordnung auf die jeweils geltende Fassung einer Verordnung nach Art 81 Abs 3 EGV verwiesen werden.

²⁰ Zur Rolle der Schiedsgerichte siehe *Thalhammer*, Die Rolle der Schiedsgerichte bei der Durchsetzung von EG-Kartellrecht, wbl 2005, 62.

²¹ *Hoffer/Barbist*, 12.

Die Prüfung der Kartelle nach dem KartG 2005

„§ 1. (1) Verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (Kartelle).

(2) Nach Abs. 1 sind insbesondere verboten

- 1. die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- und Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;*
- 2. die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder Investitionen;*
- 3. die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;*
- 4. die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;*
- 5. die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.*

(3) Die nach Abs. 1 verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse sind nichtig.

Im Unterschied zu dem bisher geltenden KartG 1988 fällt die Unterscheidung der einzelnen Kartellarten weg und es werden alle Vereinbarungen verboten, die Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken oder bewirken. Insbesondere vertikale Vertriebsbindungen genießen nun keine Sonderstellung mehr.

Andererseits wird über Art 81 EGV hinausgehend das Kartellverbot in § 1 Abs 4 KartG 2005 auf einseitige Wettbewerbsbeschränkungen für anwendbar erklärt. Damit sind Empfehlungskartelle wie in § 12 KartG 1988 vom Kartellverbot erfasst. Allerdings wird aus den Materialien deutlich, dass diese Regelung gegenüber Abs 1 nur subsidiär anwendbar ist.

Weiters ist nun schon die Vereinbarung und nicht erst wie bisher deren Durchführung verboten.²²

Als weitere Ausdehnung fallen nun auch Wirkungskartelle unter das Kartellverbot. Demnach ist es nicht mehr relevant, ob den Parteien die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen bewusst sind. Der Grad des Verschuldens spielt allenfalls bei der Festsetzung der Höhe des Bußgeldes eine Rolle.

Geht man davon aus, dass aufgrund des Harmonisierungsbestrebens des Gesetzgebers das KartG 2005 iS von Art 81 Abs 1 EGV auszulegen ist, so ist zunächst zu prüfen, ob eine Vereinbarung geeignet ist, eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs herbeizuführen. Aus den allgemeinen Leitlinien der Kommission geht hervor, dass die Vereinbarung geeignet sein muss, spürbare negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter, wie Preise, Produktionsmengen, Produktqualität oder Innovation zu haben.

Dieser ökonomische Ansatz, der vor allem auf die Auswirkungen von Vereinbarungen auf den Markt abstellt wurde auch von der Rsp vertreten und findet auch in den GVO Niederschlag.²³

Die Abkehr vom formalistischen Ansatz, bei dem auf den Grad der Handlungsfreiheitsbeschränkung abgestellt wird, bedeutet eine Einschränkung des Kartellverbots. Schließlich ist damit nicht automatisch jede vereinbarte Beschränkung der Handlungsfreiheit automatisch eine Wettbewerbsbeschränkung iSd Art 81 Abs 1 EGV.

Zu unterscheiden ist der Interbrand- vom Intra-brandwettbewerb. Bei ersterem handelt es sich um den Wettbewerb von Anbietern verschiedener Marken, während es sich bei zweiterem um den Wettbewerb von Vertriebshändlern derselben Marke handelt. In bestimmten Fällen fallen einzelne den Intra-brandwettbewerb beschränkende Bestimmungen einer Vereinbarung nicht unter Art 81 Abs 1 EGV, wenn sie objektiv für das Zustandekommen einer Vereinbarung erforderlich sind und die Vereinbarung überhaupt erst den neuen Wettbewerb schafft.

²² *Bauer*, Die neue Durchführungsverordnung zu den Art 81 und 82 EG und der Anpassungsbedarf im österreichischen Kartellrecht, *ecolex* 2003, 846.

²³ Vgl Vertikal-GVO (EG) 2790/1999, ABl C 291/1 v 13.10.2000.

Zu unterscheiden ist auch zwischen der bezweckten und der bloß bewirkten Wettbewerbsbeschränkung. Bei bezweckten Beschränkungen handelt es sich um solche, die ein besonders großes Potential für negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. In erster Linie wird dabei auf den Inhalt, den Zweck und den Zusammenhang der Vereinbarung abgestellt.

Die Praxis der Kommission hat gezeigt, dass der Kreis für bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen sehr eng zu ziehen ist und nun nur noch die Kernbeschränkungen, die sich in den GVO und den Leitlinien finden, umfassen. Bei den horizontalen Vereinbarungen sind das Preisabsprachen, Begrenzungen der Produktionsmengen und die Aufteilung von Märkten oder Kunden.

Bedeutsam ist diese Unterscheidung deshalb, weil für bezweckte Beschränkungen konkrete Auswirkungen einer Vereinbarung auf den Markt nicht nachgewiesen werden müssen, sondern per se verboten sind.

Die genaue Analyse berücksichtigt zunächst den relevanten Markt, die Marktstellung der Parteien, der Wettbewerber, der Abnehmer, das Vorhandensein potentieller Wettbewerber und das Ausmaß der Marktzutrittsschranken.²⁴ Besonderes Gewicht kommt der Marktstellung der Parteien zu, weil die Erfahrung gezeigt hat, dass gerade bei einer großen Marktmacht negative Auswirkungen auf den Markt zu erwarten sind. Das Ausmaß dieser Marktmacht liegt laut Kommission zwischen dem für die Feststellung der Marktbeherrschung und dem in den GVO enthaltenen Schwellenwerten. Hier weicht das KartG 2005 von der Praxis der Kommission ab, da in § 4 Abs 2 KartG 2005 besondere Grenzen für die Vermutung der Marktmacht festgelegt werden.

Bedeutender Vorteil dieser Harmonisierung der beiden Systeme ist die Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen dem nationalen und dem gemeinschaftlichen Kartellrecht. Die in der Praxis meist problematische Frage des Zwischenstaatlichkeitskriteriums verliert nun an Bedeutung.

²⁴ Siehe auch *Bauer*, Das Kartellverbot des KartG 2005, *ecolx* 2005, 504.

Trotz des ausdrücklichen Harmonisierungszieles bestehen zwischen §§ 1, 2 KartG 2005 und Art 81 EGV Unterschiede. Insbesondere Empfehlungskartelle (§ 1 Abs 4 u 5) und die spezifischen Ausnahmetatbestände in § 2 Abs 2 Z 1 bis 4 finden sich nicht im europäischen Kartellrecht.

III. PRIVATE ENFORCEMENT

A. Grundlagen

In Österreich (und der europäischen Union) ist grundsätzlich vorgesehen, dass bei Verstößen gegen Kartellrechtsbestimmungen Behörden einschreiten und dieses Verhalten unterbunden und sanktioniert wird.

Diese sogenannten Amtsparteien (§ 44 KartG) sind in Österreich der Bundeskartellanwalt und die Bundeswettbewerbsbehörde. Der Bundeskartellanwalt ist für die Vertretung der öffentlichen Interessen in Angelegenheiten des Wettbewerbsrechts beim OLG Wien zuständig und direkt dem BMJ unterstellt.²⁵

Die Bundeswettbewerbsbehörde soll den funktionierenden Wettbewerb und eine gemeinschaftsrechts- und regulatorenkonforme Auslegung des Kartellrechts gewährleisten. Sie ist daher für die Untersuchung von konkreten Wettbewerbsverzerrungen und die Untersuchung von allgemeinen Wirtschaftszweigen, sowie für die Antragstellung bei den Kartellgerichten zuständig.

Unter Private Enforcement versteht man nun die Konstellation, in der nicht eine der Amtsparteien, sondern eine private (natürliche oder juristische) Person die Initiative ergreift um die Kartellrechtsvorschriften durchzusetzen. Man versteht unter der „privaten Durchsetzung“ also die Einleitung rechtlicher Schritte durch eine Privatperson gegen eine andere Partei vor einem nationalen Gericht. Die private Rechtsdurchsetzung der Wettbewerbsvorschriften kann unterschiedliche Formen haben; die Schadenersatzklage ist

²⁵ Zu den Befugnissen anderer Organisationen siehe unten III.B. S. 10.

eine davon. Schadenersatzklagen können gegen einen Rechtsverletzer angestrengt werden, um eine (geldliche) Wiedergutmachung für erlittenen Schaden zu bekommen. Eine andere Form der privaten Durchsetzung wäre die Anstrengung einer Nichtigkeits- oder Unterlassungsklage.

In der Kartellrechtsdurchsetzung nehmen private Kläger eine bedeutende Rolle ein. Private Enforcement tritt aber auch bei der privaten Verfolgung von anderen Rechtsvorschriften auf, deren Einhaltung primär im öffentlichen Interesse liegt (zB Vergaberecht).

B. Rechtsnatur des Schadenersatzanspruches

Nach nun hRsp des EuGH²⁶ ist anerkannt, dass nicht nur Verstöße gegen Vorschriften des nationalen Kartellrechts, sondern auch gegen EG-Wettbewerbsvorschriften Schadenersatz und Unterlassungsansprüche begründen können. Vor diesem Hintergrund wäre es naheliegend für Ansprüche aus dem EG-Wettbewerbsrecht eine Klage auf eine eigenständige, europarechtlich begründete Schadenersatzanspruchsgrundlage zu stützen.²⁷

Ausdrücklich normiert ist eine solche Anspruchsgrundlage im EGV jedoch nicht. Art 81 EGV bestimmt neben der Nichtigkeitsfolge keine andere Rechtsfolge. Obwohl das Europäische Parlament bereits 1961 eine europarechtliche Regelung des Schadenersatzes gefordert hatte, kam eine solche Regelung nie zustande.²⁸ Es ist seither fraglich, ob eine eigenständige, europäische Anspruchsgrundlage für Schadenersatzklagen aufgrund einer Verletzung des europäischen Wettbewerbsrechts existiert.

1. Europarechtlicher, unmittelbarer Schadenersatzanspruch

²⁶ EuGH, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg. 2001 I-6297; Rs. C-295/04-C-298/04, *Manfredi*, Slg. 2006 I-06619.

²⁷ *Köck/Biernatz/Ngernwathana/Drews*, in: *Tietje/Blau (Hrsg)*, Das europäische Kartellrecht nach der VO 1/2003, 109.

²⁸ *Deringer*, Europäisches Parlament, Sitzungsdokumente, 7. September 1961, Dokument 57, Bericht im Namen des Binnenmarktausschusses zu der Konsultation des Europäischen Parlaments durch den Rat der Europäischen Gemeinschaft betreffend eine erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrages, 30, Rn 123; Der Forderung des Binnenmarktausschusses schloss sich das Europäische Parlament an: ABl. Nr. 073 v. 15.11.1961, 1334-1416, 1409 (1410) (Entschließung in Beantwortung der vom Ministerrat der EWG zu dem Vorschlag einer ersten Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrages vom Parlament erbetenen Konsultation“).

Ein Teil der Lehre und Praxis geht davon aus, dass sich Schadenersatzansprüche aus dem Kartellrecht unmittelbar aus dem Europarecht ableiten lassen.²⁹ Ins Treffen geführt werden dafür die Grundsätze der Effektivität und der Äquivalenz. Die Ausübung von durch das Europarecht erworbenen Rechten darf demnach nicht unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden. Nach Ansicht von Generalanwalt van Gerven kann die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nur auf diese Weise gewahrt werden. Er verweist insbesondere auf die Gefahr der Rechtszersplitterung, die sich aus den 25 verschiedenen Schadenersatzrechten der Mitgliedstaaten ergibt.³⁰

Auch die Grundsätze der Staatshaftung werden als Analogiebasis herangezogen. Die Grundformeln aus dem Frankovich Urteil³¹ sollen demnach auch für eine privatrechtliche Haftung bei Kartellverstößen herangezogen werden können.

Auch auf das Simmenthal Urteil³² wird verwiesen, wonach das Gemeinschaftsrecht „eine unmittelbare Quelle für Rechte und Pflichten“ für all diejenigen darstellt, die an dem Rechtsverhältnis beteiligt sind.³³

Zur Untermauerung dieser Position wird zuletzt angeführt, dass der EuGH in der SABAM-Entscheidung bereits ausgesprochen habe, dass Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche direkt aus Art 81 EGV abgeleitet werden können. Das EG-Wettbewerbsrecht erziele in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkung und lasse unmittelbare Rechte entstehen, die durch die Gerichte der Mitgliedstaaten durchzusetzen sind.³⁴

2. Schadenersatzanspruch nach nationalem Recht

Demgegenüber steht die Ansicht, dass keine direkte, europäische Anspruchsgrundlage für Schadenersatzansprüche besteht und auf die jeweiligen allgemeinen

²⁹ *Stillfried/Stockenhuber*, wbl 1995, 345ff (352); *Nowak*, EuZW 2001, 717 (718); *Van Gerven*, Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-128/92, *Banks/British Coal Corporation*, Slg. 1994, I-1212, Rn 36 ff (45), 62 (Antrag Nr 3); *Mäsch*, EuR 2003, 825 (834 f); *Jones*, Private Enforcement, 78.

³⁰ Schlussanträge zu EuGH, Rs. C-128/92, *Banks/British Coal Corporation*, Slg. 1994, I-1209, Rn 45.

³¹ EuGH, verb Rs C-60/90 u C-9/90, *Frankovich/Italien*, Slg 1991, I-5357.

³² EuGH, Rs 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato/Simmenthal*, Slg 1978, 629, Rn 14/16.

³³ Schlussanträge zu EuGH, Rs C-128/92, *Banks/British Coal Corporation*, Slg. 1999, I-1209, Rn 38.

³⁴ EuGH, Rs 127/73, *BRT/SABAM*, Slg 1974, 51, Rn 15/17.

Schadenersatzregelungen der einzelnen Mitgliedstaaten abzustellen ist. Es ist also zunächst nach den Regeln des Internationalen Privatrechts die maßgebliche Jurisdiktion zu eruieren.

Je nachdem wie die Schadenersatzbestimmungen der einzelnen Mitgliedstaaten ausgestaltet sind, sind die Anforderungen an einen erfolgreichen Kartellzivilprozess verschieden. Insbesondere in Italien, Deutschland und den Niederlanden wird der privaten Kontrolle von Wettbewerbsverstößen durch Schadenersatzansprüche Dritter aufgrund der „empfindlichen Begrenzung von Schadenersatzansprüchen bei Verstößen gegen Art. 85 und 86 EWG-V“ ein geringerer Spielraum eingeräumt.³⁵ Von Anhängern dieser Ansicht werden diese Differenzen hingenommen. Grundsätzlich bestehe in allen Mitgliedstaaten die Möglichkeit der privaten Durchsetzung von Kartellrechtsansprüchen.³⁶ Für eine darüber hinausgehende Harmonisierung ist der gemeinschaftsrechtliche Gesetzgeber gefordert, aktiv zu werden.³⁷

3. Rechtsprechung des EuGH

Im Fall *Société de vente de ciments et bétons de l'Est*³⁸ wurde bereits ausgesprochen, dass der Ausgleich der Nichtigkeitsfolge aus Art 81 Abs 2 EGV ausschließlich nach dem nationalen Recht erfolge. Fortgesetzt wurde diese Linie in der Entscheidung *Automec II*.³⁹ Hier wurde ausgesprochen, dass die übrigen mit Art 81 EGV verbundenen Rechtsfolgen ausschließlich nach nationalem Recht zu beurteilen sind. Damit sind auch Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche grundsätzlich nach nationalem Recht zu beurteilen.

Zu betonen ist jedoch in diesem Zusammenhang, dass das nationale Recht zur Sanktionierung von Wettbewerbsverstößen durch das Europarecht überlagert wird. Im Fall, dass durch das europäische Recht keine Regelungen vorgesehen werden, findet nationales Recht unter Beachtung der Grundsätze von Äquivalenz und Effektivität Anwendung.

³⁵ Ullrich, Das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen des Gemeinsamen Marktes und die einzelstaatliche Zivilgerichtsbarkeit, 30-32; Zu den kartellzivilrechtlichen Klagemöglichkeiten in anderen Mitgliedstaaten Thomas, Unternehmensverantwortlichkeit und –umstrukturierung nach EG-Kartellrecht, 221; Zu den unterschiedlichen Anforderungen und Schwierigkeiten auch Jones, Private Enforcement, 76 f.

³⁶ Bauer/Weyer, in: Hahn/Jaeger/Pohlmann/Rieger/Schroeder (Hrsg), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art 81, Rn 99; Wurmnest, in: Behrens/Nowak/Braun (Hrsg), Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch, 223; Stillfried/Stockenhuber, wbl 1995, 301 (302).

³⁷ Wurmnest, in: Behrens/Nowak/Braun (Hrsg), Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch, 217.

³⁸ EuGH, Rs 319/82, *Société de vente de ciments et bétons de l'Est/Kerpen & Kerpen*, Slg 1983, 4173, Rn 12.

³⁹ EuG, Rs T-24/90, *Automec/Kommission*, Slg 1992, II-2223, Rn 50.

Verletzungshandlungen gegen Europarecht dürfen daher nicht weniger intensiv verfolgt und geahndet werden als Verstöße gegen nationales Recht. Die Ausübung der durch die Gemeinschaft verliehenen Rechte darf nicht unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden.⁴⁰

In der SABAM - Entscheidung⁴¹ wurden weder die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Rechte konkretisiert noch entschieden, ob sich das Schadenersatzrecht unmittelbar aus EG-Recht ergibt. Daher ist auch nach dieser Entscheidung die Anknüpfung an das nationale Recht geboten. Vielmehr geht aus der Entscheidung hervor, dass Einzelne aus dem EG Wettbewerbsrecht Ansprüche ableiten können und dieses nicht nur den Schutz des Wettbewerbs an sich bezweckt.

In der Francovich – Entscheidung⁴² stellt der EuGH lediglich fest, dass es eine aus dem Gemeinschaftsrecht resultierende Haftpflicht der Mitgliedstaaten gibt. Es wurde jedoch nicht beurteilt, ob eine solche Schadenersatzpflicht für Verletzungen des Gemeinschaftsrechts auch Individuen oder Unternehmen treffen kann. Manche versuchen, die Entscheidung dahingehend zu erweitern, dass eine Übertragbarkeit auf Individuen abgeleitet werden kann. Dies wird durch eine „nähere Analyse der EuGH – Argumentation“⁴³, die jedoch mE nicht überzeugen kann⁴⁴, dargestellt.

Während in der Francovich – Entscheidung und in späteren eher unpräzise ausgeführten Urteilen ausgeführt wird, dass es sich bei diesem Entschädigungsanspruch um einen „Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“ handelt⁴⁵, wurde bei Schadenersatzansprüchen eine derartige Formulierung vermieden.⁴⁶ Insbesondere in der Courage – Entscheidung wurde zwar zunächst hervorgehoben, dass die EG-Wettbewerbsregeln in der Beziehung zwischen

⁴⁰ EuGH, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg. 2001, I-6297, Rn. 29; EuGH, Rs 382/92, *Kommission/Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland*, Slg 1994, I-2435, Rn 55; EuGH, Rs C-261/95, *Palsani/INPS*, Slg 1997, I-4025, Rn 27; EuGH, verb. Rs C-60/90 u C-9/90, *Francovich/Italien*, Slg 1991, I-5357, Rn 42f.

⁴¹ EuGH, Rs 127/73, *BRT/SABAM*, Slg 1974, 51.

⁴² EuGH, verb Rs C-60/90 u C-9/90, *Francovich/Italien*, Slg 1991, I-5357.

⁴³ *Stillfried/Stockenhuber*, wbl 1995, 345 (347); ähnlich *van Gerven*, Schlussanträge zu EuGH, Rs C-128/92, *Banks/British Coal Corporation*, Slg 1999, I-1209, Rn 39-45.

⁴⁴ So auch *Wissenbach*, Schadenersatzklagen gegen Kartellmitglieder – Offene Fragen nach der 7. Novellierung des GWB, 15.

⁴⁵ EuGH, verb Rs C-60/90 u C-9/90, *Francovich/Italien*, Slg 1991, I-5357, Rn 37; EuGH, verb Rs C-46/93 u C-48/93, *Brasserie du pecheur und Factortame*, Slg 1996, I-1029, Rn 67; EuGH, Rs C-5/94, *The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food ex parte: Hedley Lomas*, Slg 1996, I-2553, Rn 24; EuGH, Rs C-149/97, *Rechberger ua/Republik Österreich*, Slg 1999, I-3499, Rn 21.

⁴⁶ *Wurmnest*, in: *Behrens/Nowak/Braun (Hrsg.)*, Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch, 221.

Privaten unmittelbare Rechte erzeugen, die von den Gerichten der Mitgliedstaaten beachtet werden müssen.⁴⁷ Es wird jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass „mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung Sache des innerstaatlichen Rechts der einzelnen Mitgliedstaaten (ist), die zuständigen Gerichte zu bestimmen und die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der dem Bürger aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen“⁴⁸, soweit dies den Grundsätzen der Effektivität und der Äquivalenz entspricht.

Im Gegensatz zur Francovich – Entscheidung bestand die Möglichkeit, einen gemeinschaftsrechtlichen Schadenersatzanspruch zu definieren. Der Gerichtshof machte jedoch in der Courage – Entscheidung keinen Gebrauch davon. Daraus lässt sich ableiten, dass es einen solchen nicht gibt. Auch Haftungsvoraussetzungen wurden nicht definiert, so wie dies bei Staatshaftungsfällen bisher getan wurde. Auch daraus lässt sich das Nichtbestehen eines gemeinschaftsrechtlichen Schadenersatzanspruches ableiten.

Vereinzelt werden die Grundsätze der Staatshaftung analog auf Kartellrechtsfälle herangezogen.⁴⁹ Als Argument dafür wird vor allem Rn 26 der Courage – Entscheidung herangezogen, in der es heißt:

„Die volle Wirksamkeit des Art 85 EGV und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Art 85 Abs 1 EGV ausgesprochenen Verbots wären beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist.“

ME ist jedoch Wissenbach zu folgen, der richtigerweise feststellt, dass es sich das Gericht in Rn 29 lediglich auf die Frage der Anspruchsberechtigung bezieht. Ob sich diese Anspruchsberechtigung auf einen innerstaatlichen oder europäischen Schadenersatzanspruch stützt bleibt hier offen und ergibt sich erst aus den übrigen bereits oben dargestellten Argumenten.

⁴⁷ EuGH, Rs C-453/99, Courage/Crehan, Slg 2001 I-6297.

⁴⁸ EuGH, Rs C-453/99, Courage/Crehan, Slg 2001 I-6297, Rn 29.

⁴⁹ Nowak, EuZW 2001, 715 (716).

In der *Atlantic Container Line* – Entscheidung wurde ein weiteres mal ausgesprochen, dass der EG-Vertrag außer in Art 81 Abs 2 EGV keine kartellrechtlichen Sanktionen aufstellt und es vielmehr Sache des nationalen Rechts ist, die weiteren Zivilrechtsfolgen von Art 81 Abs 1 EGV zu bestimmen.⁵⁰ Das EuG verweist dabei auf die *Courage* – und auf die *Automec II* – Entscheidung.⁵¹

Bezüglich der analogen Heranziehung der Grundsätze der Staatshaftung auf das Gebiet der Kartellrechtsverstöße, sei auch darauf verwiesen, dass ein wichtiger Grund für die Schaffung der Grundsätze der Staatshaftung bei Schadenersatzansprüchen aufgrund eines Kartellrechtsverstößes nicht gegeben ist. Aufgrund der Rechtsschutzlücken sah sich der Gerichtshof damals gezwungen Grundsätze zu entwickeln um Verstöße von Mitgliedsstaaten sanktionieren zu können. Demgegenüber besteht im Rahmen von kartellbegründetem Schadenersatz dafür keine Notwendigkeit. Alle Mitgliedsstaaten verfügen über deliktsrechtliche Ausgleichsansprüche bei Verstößen gegen das EG-Wettbewerbsrecht.

Da auch das europäische Parlament erkannt hatte, dass sich aus dem EG-Recht kein Schadenersatzanspruch ableiten ließe schlug es dem Rat während der Vorbereitung der VO 17/62 vor, auch die Frage des Schadenersatzes einheitlich zu regeln.⁵² Da der EG-Vertrag dafür jedoch keine Ermächtigungsgrundlage vorsieht, hätte dies die Rechtmäßigkeit der Verordnung 17/62 in Frage gestellt.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass der europagerichtlichen Rechtsprechung kein gemeinschaftsrechtlich begründeter Schadenersatzanspruch entnommen werden kann. Es obliegt vielmehr den Mitgliedstaaten, einen den Grundsätzen der Effektivität und Äquivalenz entsprechenden Ausgleichsanspruch bereitzustellen. Der Gefahr der Rechtszersplitterung, des Forum Shoppings und der Rechtsunsicherheit kann nur durch eine Angleichung der nationalen Deliktsrechte entgegengetreten werden, nicht jedoch durch Herleitung eines europäischen Schadenersatzanspruches.

⁵⁰ EuG, Rs T-395/94, *Atlantic Container Line/Kommission*, Slg 2002, II-875, Rn 298.

⁵¹ EuGH, Rs C-453/99, *Courage/Crehan*, Slg 2001 I-6297; EuG, Rs T-24/90, *Automec/Kommission*, Slg 1992, II-2223.

⁵² *Deringer*, Europäisches Parlament, Sitzungsdokumente, 7. September 1961, Dokument 57, Bericht im Namen des Binnenmarktausschusses zu der Konsultation des Europäischen Parlaments durch den Rat der Europäischen Gemeinschaft betreffend eine erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrags, 30, Rn 123.

C. Rechtsnatur des Unterlassungsanspruches

1. Materielles Recht

a. Allgemeines

Leistung ist das vom Schuldner nach dem Schuldverhältnis zu setzende Verhalten, das der Befriedigung von Interessen des Gläubigers dient. Die Leistung ist ein Tun oder Unterlassen.⁵³ Für Tun und Unterlassen sind grundsätzlich die gleichen Regeln anwendbar. Unterlassungsansprüche genießen insofern besonderen Schutz, als dem Gläubiger eine vorbeugende Unterlassungsklage gewährt wird, wenn eine künftige Verletzung der Unterlassungspflicht zu befürchten ist. Diese ist erforderlich, weil das Zuwiderhandeln gegen die Unterlassungspflicht oft nicht reversibel ist und nicht durch Erfüllung einer Pflicht saniert werden kann. Der Unterlassungsanspruch leitet sich aus der Bedrohung des von jedermann zu respektierenden Herrschaftsrechts ab.⁵⁴

Der vorbeugende Unterlassungsanspruch wird auch aus der allgemeinen Überlegung abgeleitet, dass der Anspruchsberechtigte nicht zu warten brauche, bis es zu spät ist. Dies wird aus dem Gedanken der Schadensminderung oder –verhinderung durch Vorbeugung (§ 1304 ABGB) abgeleitet.⁵⁵ Unterlassungsansprüche ergeben sich entweder aus einer besonderen gesetzlichen Bestimmung (zB §§ 43, 339, 523 ABGB, § 14 UGB) oder aus der „Natur des Rechtes“⁵⁶. Die Gefährdung eines absoluten Rechts begründet im Allgemeinen eine Unterlassungsklage.⁵⁷ Auch bei Rechtsmissbrauch und unzulässiger Rechtsausübung kommen Unterlassungsansprüche in Betracht.⁵⁸

⁵³ *Koziol/Welser II*, 25.

⁵⁴ *Harrer in Schwimann*, Vor §§ 1293 ff Rz 39 mwN.

⁵⁵ *Faistenberger/Barta/Eccher in Gschnitzer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 47; *Harrer in Schwimann*, Vor §§ 1293 ff Rz 39; *Reischauer in Rummel* § 1294 Rz 23.

⁵⁶ JbI 1984, 492, 494; restriktiver noch SZ 48/45; 50/86 mwN.

⁵⁷ EvBl 1983/91; SZ 56/63; JbI 1993, 724; SZ 71/168; 73/57; *Reischauer in Rummel* § 1294 Rz 23; s auch § 1330 Rz 57 f.

⁵⁸ *Harrer in Schwimann*, Vor §§ 1293 ff Rz 39.

Teile der Lehre⁵⁹ und Rsp⁶⁰ unterscheiden je nach dem die Klage auslösenden Moment in den echten Unterlassungsanspruch (bei dem die Verletzung bereits erfolgt ist und eine weitere Verletzung verhindert werden soll), den vorbeugenden Unterlassungsanspruch (bei dem eine Verletzung zwar noch nicht erfolgt ist, aber droht und eine Beeinträchtigung überhaupt verhindert werden soll) und den beseitigenden Unterlassungsanspruch (bei dem eine Störung erfolgt ist, die weiter wirkt und sowohl der Eingriff beendet als auch weitere Verletzungen verhindert werden sollen).⁶¹

Bei der vorbeugenden Unterlassungsklage ist ein drohender, objektiv rechtswidriger Eingriff in absolute oder relative Rechte, insbesondere eine konkret drohende Verletzung der Unterlassungspflicht Voraussetzung.⁶² Es kommen ein drohender Ersteingriff in Betracht.

Bei der echten Unterlassungsklage ist das Bestehen einer Wiederholungsgefahr Voraussetzung für einen Unterlassungsanspruch. Wiederholungsgefahr liegt dann vor, wenn der Sachverhalt objektiv die Annahme eines Eingriffs in ein fremdes Recht nahe legt.⁶³ Nicht entscheidend ist, ob eine Rechtsverletzung stattgefunden hat oder ob diese erstmals droht. Wiederholungsgefahr ist bereits dann anzunehmen, wenn der zur Unterlassung Verpflichtete behauptet, zu dem Eingriff berechtigt zu sein.⁶⁴

Der Unterlassungsanspruch muss einem Schutzbedürfnis dienen, das in seinen Voraussetzungen weitgehend dem „rechtlichen Interesse“ an der alsbaldigen Feststellung bei der Feststellungsklage gem § 228 ZPO entspricht.⁶⁵ Die Voraussetzungen des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs ergeben sich aus dem materiellen Recht, wobei der Unterlassungsanspruch regelmäßig nicht ausdrücklich im Gesetz angeführt ist.⁶⁶

b. Unterlassungsklage bei Kartellrechtsverletzung

⁵⁹ Faistenberger/Barta/Eccher in Gschnitzer, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 47; aA Reischauer in Rummel § 1294 Rz 23.

⁶⁰ So ÖBl 1977, 122; anders wohl SZ 47/62.

⁶¹ Faistenberger/Barta/Eccher in Gschnitzer, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 46.

⁶² ÖBl 1977, 11; ÖBl 1981, 96; Faistenberger/Barta/Eccher in Gschnitzer, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 46.

⁶³ Miet 31.682 und 33.630.

⁶⁴ SZ 64/97.

⁶⁵ Faistenberger/Barta/Eccher in Gschnitzer, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 46.

⁶⁶ SZ 48/45; EvBl 1983/91; Harrer in Schwimann, Vor §§ 1293ff Rz 39.

(1) Kartellgesetz

Gemäß § 26 KartG hat das Kartellgericht Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht wirksam abzustellen und den beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen die hiezu erforderlichen Aufträge zu erteilen. Das Kartellgericht hat jedoch keine Kompetenz zur Entscheidung über zivilrechtliche Unterlassungsansprüche aus Verstößen gegen das Kartellrecht. Diesbezüglich bleibt den Verletzten nur die Möglichkeit diese Ansprüche auf dem Zivilrechtsweg durchzusetzen. Diese Ansprüche können sich auf eine Schutzgesetzverletzung oder einen Verstoß gegen das UWG (Gesetzesverstoß) stützen.⁶⁷

(2) Unterlassungsanspruch aufgrund der Verletzung eines Schutzgesetzes

Das KartG sowie die Wettbewerbsregeln des EGV stellen Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB dar. Im Zentrum der weiteren Untersuchung steht daher der Unterlassungsanspruch aufgrund der Verletzung des europäischen und österreichischen Kartellrechts als Schutzgesetz.

Der Begriff Quasinegatoria bezeichnet den vorbeugenden Rechtsschutz bei Verstoß gegen schutzgesetzliche Pflichten.⁶⁸ Unterlassungsklagen aufgrund von Verletzungen des Kartellrechts sind daher dogmatisch als quasinegatorische Unterlassungsklagen einzuordnen.

Die Existenz von Unterlassungsklagen aufgrund von Verletzungen eines Schutzgesetzes wird in der Literatur nur spärlich behandelt. *Wagner* leitet aus den in der Lehre generell geforderten Voraussetzungen für eine Unterlassungsklage das Bestehen eines quasinegatorischen Unterlassungsanspruchs ab.⁶⁹ So ist nach der Ansicht *Ehrenzweigs* ein Unterlassungsanspruch überall dort zuzulassen, wo eine Unterlassungspflicht im Interesse des einzelnen besteht und ein dringendes Rechtsschutzbedürfnis ihre vorsorgliche Geltendmachung verlangt. Er misst daher dem individualschützenden Charakter der Pflicht besondere Bedeutung bei. Er lässt allerdings offen, ob der Bedrohte bei Schutznormverletzung ein relatives Recht in Anspruch nehmen kann.⁷⁰ Ähnlich hebt auch

⁶⁷ *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht § 26 S 50.

⁶⁸ *Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht (2006), 327.

⁶⁹ *Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht (2006), 377.

⁷⁰ *Ehrenzweig*, System² II/1, 10.

Gschnitzer die Verbindung zwischen Recht und Pflicht hervor und lässt offen, ob die Verletzung von Schutznormen Unterlassungspflichten auslöst.⁷¹ Auch *Mayrhofer* lässt das Bestehen einer Unterlassungspflicht im Interesse des Einzelnen für die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen genügen.⁷²

Diese Lehrmeinungen – ausdrücklich jene *Ehrenzweigs* – wurden im Rahmen einer restriktiven Judikaturlinie abgelehnt. Eine dogmatische Begründung dieser Ansicht lieferte der OGH jedoch nicht.⁷³ In der jüngeren Rechtsprechung des OGH wird die Frage, ob allein das Bestehen einer Unterlassungspflicht für die Erhebung einer Unterlassungsklage ausreicht, stets offen gelassen.⁷⁴

Die jüngere Lehre betrachtet zwar das Problem der Quasinegatoria jeweils aus verschiedenen Kontexten heraus, gelangt jedoch jeweils zum Ergebnis der Anerkennung des quasinegatorischen Rechtsschutzes. Nach *Rummel* kann sich eine Unterlassungspflicht auch aus besonderen Verhaltensnormen ergeben und ist auch auf fehlende Trennung des Deliktsrechts in absolute Rechte und Verhaltensnormen im deutschen Recht hinzuweisen. Wenn dort die Quasinegatoria anerkannt wird, muss eine Anerkennung im österreichischen Recht viel näher liegen.⁷⁵ *Reischauer* sieht die ausdrücklich geregelten Fälle der Unterlassungsklage als Ausdruck des Prinzips der Nachteilsvorbeugung an. In Analogie zu diesen ausdrücklich geregelten Fällen ist eine Unterlassungsklage - je nachdem ob der Erfolg als solcher oder nur rechtswidriges Verhalten verpönt ist – entweder der Erfolg oder der drohende Verstoß gegen ein Verhaltensgebot Anknüpfungspunkt.⁷⁶ Auch nach *Kerschner*, der sich mit der Existenz quasinegatorischer Unterlassungsansprüche im Rahmen der nachbarrechtlichen Ansprüche gem §§ 364 ff ABGB auseinandersetzt, sei ein quasinegatorischer Unterlassungsanspruch anzuerkennen. Diesen leitet auch er aus deliktischen Grundsätzen ab.⁷⁷

⁷¹ *Gschnitzer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil², 46.

⁷² *Mayrhofer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil³, II/1, 17.

⁷³ SZ 36/146.

⁷⁴ ÖBl 1983, 9; RdM 1997/34.

⁷⁵ *Rummel* in *Rummel*³, § 859 Rz 5.

⁷⁶ *Reischauer* in *Rummel*², § 1294 Rz 23.

⁷⁷ *Kerschner*, Reprivatisierung des Nachbarrechts? In Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1997 Bd 40 (1997) 283 ff; RdU 1997/77.

*Wagner*⁷⁸ qualifiziert das Fehlen des ausdrücklichen Unterlassungsschutzes darüber hinaus als Prinzipienlücke und leitet daraus im Wege der ergänzenden Rechtsfindung einen quasinegatorischen Rechtsschutz ab. Soweit dem Prinzip der Schadensprävention durch die öffentlich-rechtliche Gefahrenabwehr nicht ausreichend zum Durchbruch verholfen werde, verlange das der Rechtsordnung immanente Prinzip der Schadensprävention die Gewährung eines vorbeugenden Rechtsschutzes. Weiters werde das Verhaltensgebot seinem Zweck nur dann gerecht, wenn seine Durchsetzung gewährleistet ist. Wenn die Übertretung dem Geschädigten das Recht auf Ersatz des erlittenen Schadens einräumt, so müsse auch ein präventiver Schutz gewährleistet werden. Diese Präventivfunktion diene der Durchsetzung der Verhaltensnorm.

Als Voraussetzung für die Quasinegatoria muss eine Schadensgefahr vorliegen.⁷⁹ Aktualisiert wird der Anspruch durch die konkrete Gefahr einer wiederholten oder erstmaligen Übertretung. In Bezug auf die Rechtswidrigkeit genügt die Verwirklichung einer in Hinblick auf das abstrakte Gefährdungsverbot tatbestandsmäßige Handlung.⁸⁰ Das Verhalten ist zudem nur dann rechtswidrig, wenn es im personalen, sachlichen, modalen und sanktionsspezifischen Schutzbereich der Norm liegt.

Bezüglich des sanktionsspezifischen Schutzbereichs ist zu prüfen, ob die Norm überhaupt vorbeugenden Rechtsschutz gewähren will. Dies ist durch Auslegung des jeweiligen Gesetzes, insbesondere den Kontext, in dem das Schutzgesetz steht, und die vorgesehenen Durchsetzungsmöglichkeiten zu ermitteln. Besteht die Möglichkeit ein Verhalten auf öffentlich-rechtlichem Wege rasch und unkompliziert abzustellen, liegt nach Ansicht von *Wagner* keine planwidrige Lücke vor und ein Unterlassungsanspruch besteht dann nicht. Dies muss also im jeweiligen Einzelfall geprüft werden.⁸¹

In Bezug auf den personalen Schutzbereich kommt es darauf an, ob die Norm den Kläger schützen will (zB will das Behindertenparkverbot nur behinderte Personen schützen). Bei dem sachlichen Schutzbereich der Norm ist insbesondere relevant, ob auch reine Vermögensschäden vorbeugenden Schutz genießen (zB bezweckt das Behindertenparkverbot

⁷⁸ *Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht (2006), 408.

⁷⁹ Nach Ansicht von *Wagner*, reicht eine abstrakte Gefährdung, eine konkrete Gefährdung müsse nicht vorliegen.

⁸⁰ *Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht (2006), 419.

⁸¹ *Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht (2006), 421.

wohl nicht das Vermögen des Behinderten vor Taxikosten zu schützen). Hinsichtlich des modalen Rechtswidrigkeitszusammenhangs stellt sich die Frage, ob sich das Risiko gerade auf die Art verwirklicht hat, wie es das Schutzgesetz verhindern will. Insbesondere ist zu prüfen, ob der Geschützte der Bedrohung ohne weiteres ausweichen oder mit zumutbaren Mitteln begegnen kann.

Ob ein quasinegatorischer Unterlassungsanspruch bei einer Verletzung des europäischen bzw österreichischen Rechts zusteht, ist daher nach den oben genannten Kriterien zu prüfen. Eine Schadensgefahr ist dann aktualisiert, wenn eine Übertretung des Kartellrechts begangen wurde und ein nochmaliger Verstoß bevorsteht.⁸² Bei einem Verstoß gegen das Kartellrecht besteht allerdings die Möglichkeit, ein Verhalten auf öffentlich-rechtlichem Wege rasch und unkompliziert abzustellen. Der öffentlich-rechtliche Anspruch wird vor dem Kartellgericht durchgesetzt. Problematisch ist allerdings, dass das Kartellgericht nur auf Antrag entscheidet und der Kreis der Antragsberechtigten stark eingeschränkt ist. Nach § 36 KartG sind die BWB, der Bundeskartellanwalt, bestimmte Regulierungsbehörden, die WKÖ, die BAK, die LKÖ und jeder Unternehmer, der ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an einer Entscheidung hat. In Bezug auf die private Durchsetzung ergibt sich daher, dass zwar Konkurrenten des kartellrechtsverletzenden Unternehmen, nicht aber Verbraucher antragsberechtigt sind. Freilich wird die BWB auf Anregung von Verbrauchern idR Ermittlungen einleiten und bei Vorliegen der Voraussetzungen einen Antrag vor dem Kartellgericht stellen. Einen Rechtsanspruch auf Verfolgung einer angeblichen Zuwiderhandlung hat der einzelne Verbraucher jedoch nicht. Ähnlich verhält es sich mit den übrigen antragsberechtigten Organisationen. Es besteht zwar die faktische Möglichkeit der Verfolgung, aber kein Rechtsanspruch. Nach der hier vertretenen Ansicht muss deshalb differenziert werden: Unternehmer sind vor dem Kartellgericht antragslegitimiert. Sie haben daher die Möglichkeit auf öffentlich-rechtlichem Wege eine Abstellung des Verhaltens herbeizuführen. Bezüglich der Unterlassungsansprüche von Unternehmern liegt demnach keine planwidrige Lücke vor. Verbraucher sind jedoch nicht antragslegitimiert vor dem Kartellgericht. Sie haben daher keine Möglichkeit auf öffentlich-rechtlichem Wege eine rasche Abstellung des Verhaltens herbeizuführen. Daher liegt eine planwidrige Lücke vor. ME ist daher Verbrauchern ein Unterlassungsanspruch aus dem Kartellgesetz als

⁸² Zur besonderen Beweislastverteilung siehe Wagner, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht (2006), 418.

Schutzgesetz zuzugestehen. Ein quasinegatorischer Unterlassungsanspruch bei einer Verletzung des österreichischen bzw europäischen Kartellrechts besteht daher lediglich für Verbraucher.

(3) Allgemeiner deliktischer Unterlassungsanspruch

Strittig ist, ob ein allgemeiner deliktischer Unterlassungsanspruch besteht. Nach der Rechtsprechung des OGH sollen Unterlassungsansprüche nur im Kontext von vertraglichen Schuldverhältnissen, absolut geschützten oder dinglichen Rechten sowie in Fällen, in denen die betreffende Unterlassung gesetzlich ausdrücklich angeordnet ist, zustehen.⁸³ Lediglich in der Entscheidung 6 Ob 600/95 wurde ein Unterlassungsanspruch auch auf den Verstoß gegen ein gesetzliches Verhaltensgebot gestützt.⁸⁴ Vor dem Hintergrund, dass der OGH jedoch in späteren Entscheidungen nach wie vor auf die Auffassungsunterschiede zwischen Lehre und Rechtsprechung bezüglich des Bestehens eines allgemeinen deliktischen Unterlassungsanpruchs hinweist und ausdrücklich davon absieht, in diesem Punkt einen neuen Standpunkt einzunehmen, ist davon auszugehen, dass es sich bei dieser Entscheidung um einen „Ausreißer“ handelt.

Nach Auffassung der hL kann ein allgemein deliktisches Verhalten den Unterlassungsanspruch auslösen.⁸⁵ Dies wird zum einen auf das einfache Prinzip „Schadensverhütung ist besser als Schadensvergütung“⁸⁶ gestützt.⁸⁷ Wenn die Rechtsordnung ein Instrument zur Wiedergutmachung erlittener Schäden bereitstellt, müsse man davon ausgehen, dass sie auch ein Instrument zur vorbeugenden Verhinderung solcher Beeinträchtigungen zur Verfügung stellt.⁸⁸ Weiters wird darauf hingewiesen, dass auch die ausdrücklich einen Unterlassungsanspruch vorsehenden Vorschriften der Nachteilsvermeidung dienen und die

⁸³ Zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl *Stabentheimer*, Zivilrechtliche Unterlassungsansprüche zur Abwehr gesundheitsgefährdender Umwelteinwirkungen, ÖJZ 1992, 78, 80.

⁸⁴ *Ecolex* 1996, 361.

⁸⁵ Vgl etwa *Reischauer* in *Rummel*, § 1295 Rz 63; § 1294 Rz 23; *Rummel* in *Rummel*, § 859 Rz 5; *Mayrhofer*, Das Recht der Schuldverhältnisse – 1. Allgemeine Lehren (1986) 16 ff; *Kozio/Welser* I, 442; *Canaris*, Grundprobleme des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JBl 1991, 205, 216; *Welser*, Befreite Vorerbschaft und „Löschungsklage“ des Nachbarn, NZ 1993, 140; *Eilmansberger*, Die Zivilrechtsfolge gemeinschaftswidriger Beihilfengewährung, in: *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/2: staatliche Beihilfen, 203; aA: *Harrer* in *Schwimmann*, Vorbem zu §§ 1293 ff Rz 32; *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, § 8 Rz 104.

⁸⁶ *Enneccerus-Lehmann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Recht der Schuldverhältnisse¹⁵ (1958) 1008.

⁸⁷ *Eilmansberger*, Die Zivilrechtsfolge gemeinschaftswidriger Beihilfengewährung, in: *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/2: staatliche Beihilfen, 204.

⁸⁸ *Canaris*, JBl 1991, 216.

Analogie daher geradezu geboten sei.⁸⁹ Darüber hinaus wird ein allgemeiner Unterlassungsanspruch mit dem Erfordernis eines wirksamen Schutzes der durch Schutzgesetze begründeten subjektiven Rechtsstellungen, dem ja letztlich auch der Schadenersatz- und Beseitigungsanspruch dienen, begründet. Dieser Schutz sei nur dann wirksam gewährleistet, wenn auch drohende Eingriffe in Form von Verstößen gegen diese Schutznormen abgewendet werden können.⁹⁰

Folgt man der hL, lassen Verstöße gegen Verhaltensgebote der österreichischen oder Gemeinschaftsrechtsordnung grundsätzlich Ansprüche auf Unterlassung des rechtswidrigen Verhaltens entstehen.

(4) Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG

Der Weg des § 1 UWG zur privaten Rechtsdurchsetzung war zumindest vor dem KartG 2005 häufig der bessere und schnellere als jener des Verfahrens vor dem Kartellgericht.⁹¹ Nach Inkraft-Treten der KartGNov 2002 war das KG gemäß § 42 f Abs 1 S 1 KartG ausdrücklich ermächtigt, die materiellen Vorschriften des EG-Kartellrechts unmittelbar anzuwenden. Nach den Verfahrensvorschriften des KartG 1988 standen daher die Mittel der einstweiligen Verfügung nach Antrag auf Feststellung, ob und inwieweit ein Sachverhalt dem KartG 1988 unterliegt oder unmittelbar die Untersagung der Durchführung des Kartells oder einer vertikalen Vertriebsbindung, die Erteilung eines Auftrages zur Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie die Feststellung, ob ein Zusammenschluss in verbotener Weise durchgeführt wurde als Rechtsdurchsetzung zur Verfügung.

In fast keinem der veröffentlichten Verfahren führten diese Antragsrechte jedoch zum Erfolg. Dies hauptsächlich aufgrund der Tatsache, dass nach hRsp die Feststellung oder Untersagung kartellrechtswidrigen Verhaltens nur zulässig war, wenn dieses zum Entscheidungszeitpunkt noch andauerte.⁹² Diese Problematik wurde durch § 28 KartG 2005 beseitigt. Demnach hat das Kartellgericht nun die Möglichkeit eine Zuwiderhandlung festzustellen wenn die

⁸⁹ *Reischauer in Rummel*, § 1294 Rz 23.

⁹⁰ *Eilmansberger*, Die Zivilrechtsfolge gemeinschaftswidriger Beihilfengewährung, in: *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/2: staatliche Beihilfen, 204.

⁹¹ Vgl *Reidlinger/Zellhofer*, Die private Durchsetzung von Kartellrecht im Wege von § 1 UWG – Königsweg oder Irrweg?, *ecolx* 2004, 114.

⁹² So etwa KOG 17.12.2001, 16 Ok 7/01; KOG 16.12.2002, 16 Ok 8/02 und KOG 16.12.2002, 16 Ok 10/02.

Zu widerhandlung bereits beendet ist und an der Feststellung ein berechtigtes Interesse besteht. Als berechtigtes Interesse kommt zunächst das Interesse einer Amtspartei an der Verhängung einer Geldbuße in Betracht, weil die Feststellung einer Zu widerhandlung Vorfrage für die Verhängung einer Geldbuße ist. Ein berechtigtes Interesse kann weiters dann angenommen werden, wenn die Feststellung aus präventiven Gründen wünschenswert ist, insbesondere dann, wenn die Zu widerhandlung erst während des Verfahrens eingestellt wurde und erkennbar ist, dass eine Wiederaufnahme der Zu widerhandlung nach Beendigung des Verfahrens wahrscheinlich ist.⁹³ Die Geltendmachung von Zivilrechtsansprüchen wird idR ein ausreichendes Interesse des Antragstellers darstellen.⁹⁴

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen – insbesondere der Gesetzesverstoß und die Vorwerfbarkeit – erfüllt, bietet sich das Verfahren nach § 1 UWG auch als Mittel des Private Enforcement an.⁹⁵

Eine Zu widerhandlung gegen das österreichische⁹⁶ bzw das europäische⁹⁷ Kartellrecht stellt einen Verstoß gegen § 1 UWG dar, wenn sich der Unternehmer schuldhaft über eine kartellrechtliche Vorschrift hinwegsetzt, um im Wettbewerb einen Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen.⁹⁸

Über die Verletzung des Kartellrechts hinaus muss die Rechtsverletzung dem Schädiger subjektiv vorwerfbar sein. Die Zu widerhandlung wird insbesondere dann nicht vorwerfbar sein, wenn sich der Schädiger erfolgreich auf eine vertretbare Rechtsauffassung berufen kann.⁹⁹

Seit der am 17.10.2007 verabschiedeten UWG-Novelle 2007¹⁰⁰ ist ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem nicht mehr zwingende Voraussetzung für einen

⁹³ *Hoffer/Barbist*, 53.

⁹⁴ *Hoffer/Barbist*, 53.

⁹⁵ So in OGH 15.10.2002, 4 Ob 201/02s („ÖTV-Ballverträge“) und HG Wien 1.7.2003, 10 Cg 61/03f („Styrian Spirit/AUA“).

⁹⁶ OGH 8.9.1997, 4 Ob 214/97t, SZ 70/173; 21.3.2000, 4 Ob 19/00y.

⁹⁷ OGH 15.10.2002, 4 Ob 201/02s, ÖBl 2003/25.

⁹⁸ OGH 17.3.1998, 4 Ob 62/98s; 21.3.2000, 4 Ob 19/00y.

⁹⁹ *Reidlinger/Hartung*, 220.

¹⁰⁰ BGBl I 2007/79.

Anspruch gemäß § 1 UWG.¹⁰¹ Nach der neuen Formulierung des § 1 Abs 1 Z 1 UWG wird nur mehr eine objektive Eignung, „den Wettbewerb zu beeinflussen“, nicht aber - wie bisher - ein „Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs“¹⁰² verlangt.

D. Private Enforcement in Österreich

Schon vor der Einführung des Kartellgerichtes spielte die private Rechtsdurchsetzung eine wichtige Rolle in Österreich. Besonders die Klagen der Arbeiterkammer dienten als Ersatz des Public Enforcement. In diesen Fällen beschränkte man sich jedoch auf Unterlassungsklagen. Schadenersatz wurde nach derzeitigem Stand erst ein Mal zugesprochen.¹⁰³

Aus der verbotenen Durchführung von Kartellen können Dritten Schadenersatz- und Unterlassungs- (Untersagungs-)ansprüche erwachsen.

1. Rechtlicher Rahmen und dogmatische Einordnung des Schadenersatzanspruchs

Im derzeit geltenden Kartellgesetz findet sich keine Bestimmung, die eine private Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aufgrund der Verletzung des Kartellrechts ausdrücklich normiert. Private Enforcement kann also nur aufgrund der allgemeinen Schadenersatzregeln (§§ 1295, 1311 ABGB) geschehen oder sich auf § 1 UWG stützen.

Bei Schäden durch einen Kartellrechtsverstoß handelt es sich um „reine Vermögensschäden“, weil kein Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut vorliegt. Solche Schäden werden nach österreichischem Recht nur ausnahmsweise ersetzt. Eine Ersatzpflicht besteht insbesondere

¹⁰¹ 4 Ob 225/07b - Stadtrundfahrten; *Handig*, Subjektive Voraussetzungen im neuen § 1 UWG, RdW 2008, 503, 504, *Koppensteiner*, Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, wbl 2006, 553, 558; *Schuhmacher*, Die UWG-Novelle 2007, wbl 2007, 557; *Seidelberger*, Die UWG-Novelle 2007 und ihre Auswirkungen auf die Praxis, RdW 2008, 59, 60; *Wiltschek/Majchrzak*, Die UWG-Novelle 2007, ÖBl 2008, 4, 6.

¹⁰² Fehringer/Freund, Die Umsetzung der RL über unlautere Geschäftspraktiken in das UWG, MR 2007, 115, 117 f.

¹⁰³ Urteil BG Graz-Ost vom 16.3.2007, 4 C 463/06h, bestätigt durch LGZ Graz vom 17.8.2007, 17 R 91/07p.

bei einer Schutzgesetzverletzung. Nach hL¹⁰⁴ stellen sowohl das KartG als auch Art 81 EGV ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB dar. Somit würde aus einer Verletzung dieser Normen die Möglichkeit des Schadenersatzanspruches resultieren. Dies wurde schließlich auch durch die Rsp bestätigt.¹⁰⁵ In einer Entscheidung wies der OGH (als Kartellobergericht) sogar ausdrücklich auf die Möglichkeit einer Schadenersatzklage vor einem Zivilgericht hin.¹⁰⁶

Da Voraussetzung für eine Schadenersatzklage aufgrund einer Schutzgesetzverletzung ist, dass der Kläger zum geschützten Personenkreis zählt, ist zu prüfen, wer nach dem Schutzzweck der Norm zu diesem Kreis zählt. Lange umstritten war, welchen Schaden Wettbewerbsregeln verhindern sollten und wie weit die Haftung für wettbewerbswidriges Verhalten reichen sollte. Ein Teil der Lehre argumentierte, dass lediglich der Wettbewerb geschützt werden sollte. Daher sollte auch nur Mitbewerbern, nicht aber Konsumenten ein Schadenersatzanspruch zugestanden werden.¹⁰⁷ In der frühen Judikatur des Kartellgerichtes wurde ausdrücklich festgehalten, dass es Ziel der Regeln über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist, die Wirtschaft und den Wettbewerb als solches und nicht die Interessen des Einzelnen zu schützen. Vereinzelt wird noch immer argumentiert, dass bloß der Mitbewerber geschützt ist.¹⁰⁸ Nach hL wird der Schutz jedoch auch auf Konsumenten ausgeweitet, zumindest auf jene, die direkte Kunden eines Kartells sind.¹⁰⁹ Dies steht auch im Einklang mit der Rsp des EuGH.¹¹⁰

Wurde ein Schutzgesetz übertreten, so haftet der Täter stets nur für jenen Schaden, den das Schutzgesetz gerade verhindern wollte. Wie bei der Frage nach dem geschützten Personenkreis ist also auch hier nach dem Schutzzweck der Norm zu fragen.¹¹¹

¹⁰⁴ T. Jaeger, Gemeinschaftskompetenz „private enforcement“?, JBl 2007, 249; Thyri, Wieviel „Private Enforcement“ braucht die Kartellrechtsdurchsetzung?, ecolex 2006, 800; Wilhelm, Lombard-Club-Schadenersatz wegen Kartellverstoß, ecolex 2002, 557.

¹⁰⁵ BG Graz-Ost 16.3.2007, 4 C 463/06h-18; LGZ Graz vom 2.4.2004, 30 Cg 145/02a; OGH 16.12.2002, 16 Ok 10/02.

¹⁰⁶ OGH 16.12.2002, 16 Ok 10/02.

¹⁰⁷ Koziol, Haftpflichtrecht II (1984) 105.

¹⁰⁸ Gehmacher/Hauck/Madl, Schadenersatz bei Kartellverstoß – Zur Lombard-Club Entscheidung der Kommission, ecolex 2002, 564.

¹⁰⁹ Hack, Handlungsmöglichkeiten Einzelner bei Kartellrechtsverletzungen, ecolex 2003, 311.

¹¹⁰ Siehe dazu unten Urteil des EuGH vom 20.9.2001 in der Rechtssache C-453/99, Courage v Crehan.

¹¹¹ Koziol, Haftpflichtrecht II (1984) 108; zum Umfang des Schadenersatzes siehe Kapitel „Umfang des Schadenersatzes“.

Nach früher überwiegender Auffassung war es Zweck des Kartellrechts, Wettbewerb als solches durchzusetzen. Demgegenüber wurde es als Zweck des UWG angesehen, einen „fairen“ Wettbewerb zu erzwingen.¹¹² Diese Darstellung beschreibt aus heutiger Sicht jedoch nur die Schwerpunkte dieser beiden Materien. Die Darstellung, dass sich diese wettbewerbsrechtlichen Teilgebiete mit völlig unterschiedlichen Schutzzwecken gegenüberstehen, ist jedoch nicht gerechtfertigt.¹¹³ Einerseits findet sich der Gedanke des Gewährleistens des Wettbewerbs auch im UWG verwirklicht. §1 UWG soll nach hL und stRsp auch die Ausschaltung des freien Wettbewerbs verhindern.¹¹⁴ Andererseits pönalisiert auch das Kartellrecht unzulässige Kampfmittel im Wettbewerb (man denke nur an die Bestimmungen zur Bekämpfung des sogenannten äußeren Kartellzwangs). So verwundert es auch nicht, dass manchmal KartG und UWG gleichzeitig anwendbar sein können (so zB bei missbräuchlichem Verhalten marktbeherrschender Unternehmen). Auch sind die beiden Teilrechtsgebiete nicht durch eine Unterscheidung nach Institutionen- und Individualschutz abzugrenzen.¹¹⁵ Hier ist insbesondere darauf zu verweisen, dass Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche aus dem Kartellrecht resultieren können und somit das KartG auch auf den Schutz des einzelnen abzielt. Darüber hinaus sind durch einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung betroffene Unternehmer berechtigt, ein Untersagungsverfahren einzuleiten. Demgegenüber geht es im UWG nicht nur um den Individualschutz. So ist in diesem Zusammenhang auf die Strafbestimmungen des UWG und auf die Regelung der Klagebefugnis in § 14 UWG zu verweisen. Zusammenfassend ist daher von der Konvergenz beider Teilrechtsgebiete auszugehen.¹¹⁶

Ob das Gesetz auch Schäden außerhalb des Adäquanzzusammenhanges ersetzen will, ist ebenfalls nach dem Schutzzweck der Norm zu beurteilen. Ist aus diesem ableitbar, dass ganz bestimmte Schäden verhindert werden sollen, so ist bei der Verletzung der Schutznorm auch dann zu haften, wenn ihr Eintritt eine außergewöhnliche Folge ist.¹¹⁷

¹¹² *Koppensteiner* § 2 Rz 21.

¹¹³ *Niederleithinger*, Die vernachlässigte Einheit der Rechtsordnung im Wettbewerbsrecht, GRUR Int 1996, 467ff; *Scherer*, Wechselwirkungen zwischen Kartellrecht und UWG, WRP 1996, 174ff mwN; *Koppensteiner* § 2 Rz 21.

¹¹⁴ OGH Öbl 1996, 38 – Städteflugreisen; OGH WBl 1995, 466 – Gratisflugreisen; OGH ÖBl 1995, 211 – Falschpark Strafzettel; *Koppensteiner* § 32 Rz 50ff mwN.

¹¹⁵ Baumbach/Hefermehl, Allg Rn 86 ff mN.

¹¹⁶ So auch *Koppensteiner* § 2 Rz 21.

¹¹⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht II (1984) 109.

Auch wenn man dem Einzelnen einen Schadenersatzanspruch zugesteht, muss man doch (wie bei jedem Schadenersatzfall) den Rechtswidrigkeitszusammenhang beachten. Besondere Bedeutung kommt dem Rechtswidrigkeitszusammenhang bei Folgeschäden und Drittschäden zu. Ersatz dafür würde daher bei einem Kartellrechtsverstoß auch dem Konsumenten nur im Falle einer Schadensüberwälzung zugesprochen werden.

Es ist daher festzuhalten, dass eine Schadenersatzklage aufgrund der Verletzung des Kartellrechts nicht jedermann beliebig gegen Dritte Schadenersatzansprüche geltend machen kann. Vielmehr ist die Berechtigung, Schadenersatzansprüche geltend zu machen, nach den oben genannten Kriterien im Einzelfall zu prüfen.

Um Wiederholungen zu vermeiden, sei bezüglich der Sonderprobleme der privaten Rechtsdurchsetzung im österreichischen Recht auf die entsprechenden Unterkapitel im Teil „Sonderproblematiken“ dieser Arbeit verwiesen.

3. Gerichtszuständigkeit

Für Schadenersatzklagen aufgrund einer Verletzung des Kartellgesetzes sind grundsätzlich die Zivilgerichte zuständig. Richtet sich die Klage gegen einen „Unternehmer“ iSd UGB so ist das Handelgericht zuständig. Für eine Klage wegen der Verletzung einer Bestimmung des UWG ist ebenfalls das Handelgericht zuständig. Je nach Wertzuständigkeit ist also entweder das Bezirksgericht für Handelssachen oder das Handelsgericht zuständig.

Das Kartellgericht erfüllt eine Doppelfunktion. Einerseits entscheidet es über anmeldebedürftige Zusammenschlüsse, andererseits auf Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde oder des Bundeskartellanwalts über die Abstellung von Verstößen gegen das Kartellrecht und kann Bußgeldstrafen verhängen.

Gleichzeitig sind aber auch Unternehmer und bestimmte privilegierte Institutionen (Arbeiterkammer, Wirtschaftskammer, Landwirtschaftskammer, Regulatoren und Wettbewerbsschutzverbände) vor dem Kartellgericht antragslegitimiert. Insbesondere die

Arbeiterkammer, die sich als Konsumentenschutzorganisation positioniert hat, macht von diesem Instrument häufig Gebrauch.

Das Kartellgericht kann jedoch keinen Schadenersatz zusprechen, sondern ist lediglich für die Entscheidung über die Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen sowie für die Verhängung eines Bußgelds zuständig. Trotz dieser Nachteile wird das Kartellgericht auch von Unternehmen als ersten Schritt für eine Schadenersatzklage genutzt. Die Vorteile gegenüber einem Zivilgericht bestehen zum einen darin, dass jede Partei, unabhängig vom Prozessausgang die eigenen Prozesskosten zu tragen hat. Das Kostenrisiko wird somit auf die eigenen Kosten minimiert. Darüber hinaus hat das Gericht von Amts wegen alle relevanten Tatsachen zu ermitteln, während im herkömmlichen Zivilprozess der Kläger vorlagepflichtig ist.

4. Sammelklagen in Österreich

Bei der privaten Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen aufgrund von Verletzungen des Kartellrechts ist problematisch, dass in der Regel einer relativ großen Masse an privaten Geschädigten ein jeweils relativ geringer Schaden entsteht. Bei der Abwägung zwischen dem Aufwand bzw den Kosten des Verfahrens und dem daraus allenfalls entstehendem Ersatz wird man idR zu dem Ergebnis kommen, dass sich der Aufwand für den einzelnen nicht lohnt.

Deshalb wird gerade im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aufgrund von Verletzungen des Kartellrechts die Einführung von neuen Regeln bezüglich der kollektiven Geltendmachung von Ansprüchen diskutiert. Auch im Grünbuch und im Weißbuch der Kommission wird auf diese Thematik eingegangen. In weiterer Folge werden daher zunächst die bereits bestehenden Regelungen der kollektiven Rechtsdurchsetzung (insbesondere die Sammelklage österreichischer Prägung) beleuchtet. Danach wird untersucht, ob sich aus diesen Regelungen Defizite in Bezug auf Private Enforcement ergeben.

Vorauszuschicken ist, dass es für die sog „class actions“ in der ZPO keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage gibt.¹¹⁸ Es steht den Klägern jedoch die Möglichkeit der aktiven Streitgenossenschaft nach § 11 ZPO offen, wenn die Voraussetzungen¹¹⁹ der gleichen Verfahrensart und der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des Gerichts vorliegen. Der Anspruch muss sich entweder aus demselben Titel oder aus demselben Grund gegen den selben Beklagten richten. Bei der Streitgenossenschaft bleiben im Unterschied zur class action nach amerikanischem Vorbild jedoch die Klagen der einzelnen Kläger selbständig. Daher wird über jede Klage einzeln entschieden und jeder Kläger kann über seine Prozessführung frei verfügen (zB sich außergerichtlich einigen).

a. Die Sammelklage österreichischer Prägung

Bei der Sammelklage österreichischer Prägung (auch: Sammelklage nach österreichischem Recht) werden mehrere Ansprüche gegen ein und dieselbe Person einem Dritten zur Einziehung abgetreten. Gemäß § 227 ZPO macht dieser Dritte die Ansprüche "gesammelt" in einer einzigen Klage gerichtlich geltend (objektive Klagenhäufung).

In der Literatur und in der Rsp wurde diese Form der Klagenbündelung unterschiedlich bewertet. Der OGH hat sie jedoch mittlerweile ausdrücklich für zulässig erklärt, auch dann, wenn keine Identität des rechtserzeugenden Sachverhalts, wohl aber ein im Wesentlichen gleichartiger Anspruchsgrund (maßgebliche gemeinsame Grundlage) vorliegt. Weiters müssen laut OGH im Wesentlichen gleiche Fragen tatsächlicher oder rechtlicher Natur, die die Hauptfrage oder eine ganz maßgebliche Vorfrage aller Ansprüche betreffen, zu beurteilen sein.¹²⁰

In der Literatur¹²¹ werden vor allem drei Defizite aufgezeigt: Zum einen agiere der klagende Verband in einer Rolle, die ihm vom Gesetz nicht zugedacht sei. Zum anderen stehe die Finanzierung von Sammelklagen durch Prozessfinanzierungsgesellschaften im Verdacht der

¹¹⁸ *Klauser/Maderbacher*, Neues zur „Sammelklage“, *ecolex* 2004, 168.

¹¹⁹ *Rechberger/Simotta*, Rz 195.

¹²⁰ 4 Ob 116/05w (obiter), *ecolex* 2005/359, 766 (*Klauser*) = JBl 2006, 48 = VRInfo 205 H 8, 1 = KRES 10/195.

¹²¹ *Scheuba*, "Sammelklage" - Inhaltliche Anforderungen, *AnwBl* 2006, 64 f.

Sittenwidrigkeit¹²². Zuletzt könne in der Praxis die Sammelklage zu Wettbewerbsverzerrungen führen.

Zur Klagsbefugnis von (Verbraucherschutz-)Verbänden ist anzumerken, dass die in Rede stehende Klagsform nicht auf die im § 29 KSchG genannten Verbände beschränkt ist. Grundsätzlich hat ja jeder die Möglichkeit, sich Ansprüche Dritter zum Inkasso abtreten zu lassen, sie - nach außen hin als Vollrechtsinhaber - klageweise geltend zu machen und dabei zwecks Reduzierung des Prozess- und Kostenaufwands von der objektiven Klagenhäufung nach § 227 ZPO Gebrauch zu machen. Es sind nur durch die Sittenwidrigkeit Grenzen gesetzt.

Dem Argument, der Gesetzgeber hätte die genannten Verbände lediglich zur Erhebung von Unterlassungs- und Feststellungsklagen ("echte" Verbandsklage iSd § 29 KSchG, § 14 UWG) ermächtigt, die treuhändige Verfolgung individueller Ansprüche wäre hingegen durch das Gesetz nicht gedeckt, kann mE nicht gefolgt werden. Hier wird nicht berücksichtigt, dass der Gesetzgeber den Verbänden neben der (echten) Verbandsklage ausdrücklich auch die Aufgabe zugeordnet hat, individuelle Ansprüche, die ihnen zur Geltendmachung abgetreten wurden, klageweise geltend zu machen.¹²³ Mehr noch, die ZPO räumt für derartige Verfahren, die in der Praxis als Verbands-Musterklage bezeichnet werden, auch noch streitwertbezogene Rechtsmittelbeschränkungen aus dem Weg.¹²⁴

Vereinzelt wird die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen durch eine Ungleichbehandlung der Unternehmen durch die in § 29 KSchG genannten Verbände kritisiert. Diese Verbände würden durch öffentliche Mittel ausgestattet und können frei wählen welche der Unternehmen sie klagen. Jene Unternehmen, die nicht geklagt werden, hätten einen Vorteil gegenüber den beklagten.

Hier ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Verband nur mit der echten Verbandsklage einen ihm originär eigenen materiellrechtlichen Anspruch geltend macht.¹²⁵ Nur bei dieser entscheidet der Verband daher autonom, wen (von allenfalls mehreren in Betracht kommenden potenziell Beklagten) er gerichtlich belangt. In der Praxis wird jedoch nicht

¹²² Aufgrund des fehlenden Sachzusammenhangs zum Thema dieser Arbeit wird auf eine eingehende Behandlung des Problems der quota-litis Vereinbarungen verzichtet.

¹²³ § 502 Abs 5 Z 3 ZPO.

¹²⁴ Revision: § 502 Abs 5 Z 3 ZPO; Rekurs: § 517 Abs 2 ZPO; Revisionsrekurs: § 528 Abs 2 Z 1 ZPO.

¹²⁵ *Kodek in Gabriel/Pirker-Hörmann*, aaO 311 (331).

sofort geklagt. Man hilft sich zunächst mit Mahnungen und außergerichtlichen Einigungsversuchen. Erst wenn diese keine Früchte tragen, wird der Klagsweg beschritten.

Bei einer Sammelklage kann man noch viel weniger von einer absichtlichen Ungleichbehandlung sprechen. Sie kann nur gegen ein Unternehmen erhoben werden, gegen das so viele Verbraucher Ansprüche geltend machen, dass ein Verfahren wirtschaftlich überhaupt führbar wird. In Verbindung mit der Verpflichtung zur Leistung von Kostenersatz im Fall des Unterliegens ist dies weder rechts- noch wettbewerbspolitisch zu beanstanden.

b. Defizite bei der Sammelklage österreichischer Prägung

Obwohl die Bündelung zu Kosteneinsparungseffekten führen kann, kann die Kumulation sehr vieler Einzelbegehren noch immer zu derart hohen Streitwerten kommen, dass auf Basis der derzeitigen Tarife die Prozesskosten und das damit für beide Seiten verbundene Kostenrisiko dramatisch ansteigen. Bei einer wirtschaftlichen Überlegenheit des Klägers und Beklagtem kann das zu einem Rechtsschutzdefizit führen.¹²⁶

Durch die Abtretung der Forderung an einen Dritten wird das primäre Kostenrisiko auf einen Dritten übergewälzt. ME sollte das Kostenrisiko jedoch bei den (wirtschaftlich betrachtet) wahren Anspruchsinhabern bleiben. So ist vollends gewährleistet, dass keine unbegründeten Klagen erhoben werden.

Als weiteres Defizit ist anzuführen, dass im grenzüberschreitenden Zivilprozess die österreichische Hilfskonstruktion im Verbraucherbereich dazu führt, dass der Klägergerichtsstand für Verbrauchersachen gem Artt 15 ff EuGVVO verloren geht. Dies ist selbst dann der Fall, wenn es sich beim Zessionar um eine der im § 29 KSchG genannten Verbraucherschutzorganisationen handelt.¹²⁷

c. Klagen aus dem UWG und aus dem KartG

Gemäß § 14 UWG steht bestimmten Körperschaften die Möglichkeit einer Unterlassungsklage zu. Dazu zählen die Arbeiterkammer, die Wirtschaftskammer, der ÖGB,

¹²⁶ Siehe dazu zB LG Salzburg, 6 Cg 17/04k.

¹²⁷ EuGH I. 10. 2002, Rs C-167/00 VKI gg Henkel.

die Landwirtschaftskammer, Wettbewerbsschutzverbände. Dies umfasst aber nicht das Recht, für die vertretene Gruppe auch einen Schadenersatzanspruch geltend zu machen. Es handelt sich dabei also nicht um eine kollektive Rechtsdurchsetzung von Schadenersatzansprüchen. Im Grunde liegt nicht einmal ein Fall der kollektiven Rechtsdurchsetzung vor. Es werden nämlich hier nicht mehrere Ansprüche gebündelt geltend gemacht, sondern lediglich ein einziger (nämlich jener der ausdrücklich dazu legitimierten öffentlichen Körperschaft). Wie oben erwähnt besteht auch nach dem Kartellgesetz die Möglichkeit, dass als Form der Prozessführung im öffentlichen Interesse bestimmte Körperschaften vor dem Kartellgericht die Abstellung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens zu beantragen. Auch hier gilt, dass weder Schadenersatz verlangt werden kann, noch eine gebündelte Durchsetzung erfolgt.

5. Beweislast

Gem § 1296 ABGB muss der Kläger das Verschulden des Beklagten beweisen. Liegt jedoch eine Verletzung eines Schutzgesetzes vor, so tritt gem §§ 1298, 1311 ABGB nach hRsp eine Beweislastumkehr ein. Da auch das KartG ein Schutzgesetz darstellt, muss der Kläger bei einem Verstoß gegen das Kartellrecht das Verschulden nicht beweisen, sondern der Beklagte dartun, dass er weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt hat.

Nach dem Konzept des *prima facie* Beweises, kann eine weitere Beweislastumkehr geschehen. In bestimmten Fällen kann es sich als schwierig oder unmöglich erweisen, eine Tatsache die sich in der Sphäre des Beklagten befindet zu beweisen. Es ist dann Aufgabe des Beklagten das Gegenteil der behaupteten Tatsache zu beweisen. Beispielsweise urteilte der OGH bei einem Verfahren wegen des Verkaufs von Waren unter dem Einstandspreis, dass der Beklagte für die Widerlegung dieses Anscheins und die Rechtfertigung eines solchen Verkaufs beweispflichtig ist.¹²⁸ Ein typischer Geschehensablauf wäre zum Beispiel auch, dass die Praktizierung von Preiskartellen zu einem Mehrerlös führt.¹²⁹

6. Der Schaden

¹²⁸ Siehe in OGH vom 9.10.2000, 16 Ok 6/00 und OGH vom 16.12.2002, 16 Ok 11/02.

¹²⁹ Vgl BGH 19.6.2007, KRB 12/07 – Preiskartell im Papiergroßhandel; *Wilhelm*, *ecolx* 2002, 28.

Als Kompensationsform steht dem Kläger Naturalrestitution zu. Bei Schadenersatz für Verstöße nach dem Kartellgesetz wird jedoch nur eine pecunäre Form der Schadenswiedergutmachung in Betracht kommen. Andere Formen der Haftung, insbesondere eine Disqualifikation von leitenden Angestellten kennt das ABGB nicht. Auch punitive und exemplary damages können nicht geltend gemacht werden, weil dies dem Prinzip der Naturalrestitution widersprechen würde.

Es gibt grundsätzlich keine speziellen Regeln für den Beweis des Schadens. Jeder Beweis für einen Schaden ist zulässig. In Bezug auf Klagen, die sich auf das UWG stützen, muss nach hRsp der Schaden substantiiert sein. daher ist der bloße Verweis auf einen Verlust von Gewinn¹³⁰ oder Kundenstock¹³¹ oder dass die Geschäftstätigkeit allgemein abnimmt¹³² nicht ausreichend.

Gem § 273 ZPO steht dem Gericht die Möglichkeit offen, den Schaden nach freier Überzeugung zu bestimmen, wenn die Beweisführung für die genaue Höhe des Schadens entweder gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen ist. Der Kläger trägt hier die Behauptungslast nicht aber die Beweislast für die Höhe des Schadens. Die Ermessensentscheidung ist nach der richterlichen Erfahrung, der allgemeinen Lebenserfahrung oder auch den Zwischenergebnissen eines teilweise durchgeführten Beweisverfahrens zu fällen.¹³³

Bezüglich der Berechnung der Höhe wurde im bislang einzigen Prozess wegen Schadenersatz aufgrund einer Kartellrechtsverletzung in Österreich die Methode nach § 273 ZPO gewählt. Das Gericht berief sich ausdrücklich darauf, dass es zulässig sei, bei einzelnen Ansprüchen bis EUR 1000,- über Bestand und Höhe nach freier Überzeugung zu entscheiden.¹³⁴ Abgestellt werden kann hier etwa auf den Marktpreis, der sich nach Entdeckung des Preiskartells einstellte.

¹³⁰ OGH vom 11.7.1931, 3 R 527.

¹³¹ OGH vom 14.9.1929, GRUR 1321.

¹³² OGH vom 23.1.1934, 4 Ob 9.

¹³³ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht, 5.Auflage, 2003, Rz 604.

¹³⁴ BG Graz-Ost 16.3.2007, 4 C 463/06h-18).

Es ist jedenfalls darauf hinzuweisen, dass es Voraussetzung für die Entscheidung über die Anwendbarkeit des § 273 ZPO ist, dass der Beweis über die Höhe der Forderung „gar nicht oder nur mit *unverhältnismäßigen* Schwierigkeiten zu erbringen ist“. Die Beurteilung, ob die genannten Schwierigkeiten vorliegen, betreffen den Kern des Verfahrensermessens. Ob der Richter (letztlich) auf ein Beweisverfahren verzichtet, entscheidet sich auf Grund der richterlichen Erfahrung, der allgemeinen Lebenserfahrung oder auch anhand der Zwischenergebnisse eines bereits teilweise durchgeführten Beweisverfahrens.¹³⁵ Bei der Beurteilung, ob die vom Gesetz angesprochenen Schwierigkeiten vorliegen, ist der mit einer Beweisaufnahme verbundene Aufwand an Kosten, Zeit und Arbeit zu berücksichtigen; vor allem sind dabei die voraussichtlichen Kosten mit dem Streitwert zu vergleichen. Da die Höhe des Streitwerts zumindest ein Indiz für die Bedeutung der Streitsache für die Parteien darstellt, muss der Richter umso größere Schwierigkeiten bei der Beweisaufnahme in Kauf nehmen, je höher der Streitwert ist.¹³⁶ Im Hinblick auf die zu erwartenden (hohen) Streitwerte wird die Praxis zeigen, ob § 273 ZPO zur Feststellung der Schadenshöhe Anwendung finden wird.

Klarstellend sei darauf hingewiesen, dass § 273 ZPO den Ermessensspielraum lediglich dahingehend regelt, dass der Richter zu entscheiden hat, ob er ein Beweisverfahren zur Feststellung der Höhe einer Forderung bzw. der für das Bestehen eines Anspruchs „maßgebenden Umstände“ durchführt oder nicht. Ein Entscheidungsermessen, das dem Richter die *Wahl zwischen mehreren rechtlich gleichwertigen Lösungen* bei der Sachentscheidung einräumte, wird dadurch aber keinesfalls statuiert.¹³⁷ Dem Gericht wird daher mE in Bezug auf die Wahl der Berechnungsmethode kein Ermessen eingeräumt.

In der Lehre werden folgende Berechnungsmethoden herangezogen¹³⁸:

- Bei Schäden, die durch eine zu hohe Preisfestsetzung durch ein Kartell verursacht wurden, wird analog zur Differenzmethode des allgemeinen Schadenersatzrechtes der

¹³⁵ OLG Linz Arb 11.564 = ZASB 1998, 11; OLG Wien EFSlg 82.248; LGZ Wien EFSlg 79.210; MietSlg 34.744; JBl 1958, 625.

¹³⁶ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² § 273 ZPO Rz 8; vgl dazu auch *Fasching*, JBl 1981, 231; *Hofmann*, RZ 1996, 11.

¹³⁷ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² § 273 ZPO Rz 2; *Holzhammer*, PraktZPR I⁶, 276; ausführlich *Roth*, BeitrZPR IV 116 ff.

¹³⁸ *Eilmansberger* in: *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 6/1: Wettbewerbsrecht – Kartellrecht, 162.

Unterschied zwischen dem bezahlten Preis und dem hypothetischen Marktpreis herangezogen.

- Bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung könnte ein Vergleich des Gewinnes vor und nach der Kartellrechtsverletzung eine passende Methode zur Schadensfeststellung sein.
- Wenn ein Unternehmen den Markteintritt eines potentiellen Mitbewerbers verhindert, besteht der Schaden im Verlust jenes Gewinnes, den der Mitbewerber generiert hätte, wenn er tatsächlich eingetreten wäre. Die Wahrscheinlichkeit und die genaue Höhe könnte hier beispielsweise mit Hilfe von Marktstudien und Vergleichen mit anderen Märkten ermittelt werden.

Es liegt auf der Hand, dass bei jeder dieser (und wahrscheinlich auch anderer) Methoden ohne Hilfe von Sachverständigen das Auslangen nicht gefunden wird können.¹³⁹

7. Der Fall „Fahrschulkartell“

Im Jänner 2005 brachte die BWB gegen Fahrschulen im Raum Graz einen Bußgeldantrag beim Kartellgericht ein. Das OLG Wien als Kartellgericht verhängte über fünf Fahrschulen ein Bußgeld von € 75.000,- wegen verbotener Preisabsprachen.¹⁴⁰ Diese wurden im Laufe des Verfahrens auch zugegeben. Nach einem regen Preiskampf im August 2003 wurden in regelmäßigen Treffen ua auch Preise besprochen. Hierbei wurde für das Produkt „Führerschein B/Phase I“ ein einheitlicher Preis für einen Zeitraum von zwei Monaten festgelegt.

Die BAK ließ sich von geschädigten Fahrschülern Ansprüche abtreten und brachte beim BG Graz Klage auf Schadenersatz ein. Das Gericht sprach bezüglich des Anspruches jenes Fahrschülers, der das Paket „Führerschein B/Phase I“ gekauft hatte, Schadenersatz in Höhe von € 174,40 zu.

¹³⁹ *Clark/Hughes/Wirth*, Analysis of economic Models for the calculation of damages – study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Brüssel 2004.

¹⁴⁰ OLG Wien als KG 28.10.2005, 25 Kt 34, 253, 36, 42, 249, 250, 30, 32, 29, 35, 251, 252/05 (nicht veröffentlicht, anonymisierte E verfügbar); *Ginner*, Erstes österreichisches Urteil zum Private Enforcement – Fahrschulkartell Graz, OZK 2008/3, 110.

Das Gericht teilte die hA, wonach die einschlägigen Bestimmungen des KartG als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB zu qualifizieren seien und deren Verletzung daher einen Schadenersatzanspruch begründet.

Nach Ansicht des Gerichts konnten die Geschädigten nach ihrer Wahl gegen die Beteiligten vorgehen. Gemäß § 1302 ABGB haften die Beteiligten im Falle vorsätzlichen Handelns solidarisch. Nachdem festgestellt wurde, dass sämtliche Fahrschulinhaber vorsätzlich gegen das Kartellrecht verstoßen hatten, nahmen sie bewusst in Kauf, dass den Kunden Schaden durch höhere Preise entstehen würden. Daher hatten sämtliche Fahrschulinhaber solidarisch zu haften.

Zur Höhe des Schadens führte das Gericht aus, dass es auf der Hand läge, dass das Preisniveau bei freiem Wettbewerb niedriger gewesen wäre, als der einvernehmlich festgelegte Preis. Da der Schaden lediglich in Höhe von € 174,20 geltend gemacht wurde, nahm das Gericht die Möglichkeit der Entscheidung über die Höhe des Schadens nach freier Überzeugung gem § 273 ZPO wahr.

Weder der Berufung der BAK (bezüglich eines Schadenersatzanspruches in Bezug auf ein anderes Produkt, über das es laut KG keine Absprachen gab), noch der Berufung der Beklagten wurde Folge gegeben.

Aufgrund der besonderen Fallkonstellation stellten sich in diesem Verfahren einige Probleme nicht, die jedoch typischerweise bei Schadenersatz- und Unterlassungsklagen aufgrund von Verletzungen des Kartellrechts auftreten würden. So war die Bestimmung des Schadens im vorliegenden Fall nicht mit Schwierigkeiten verbunden. Zum einen deswegen, weil die BAK das Preisniveau schon vor den Absprachen regelmäßig erhoben hatte und einen guten Einblick in marktkonforme Preise hatte. Zum anderen deswegen, weil es keinen Zwischenhändler gab, der die Preiserhöhung weitergeben konnte, so dass sich das Problem der passing-on defense nicht ergab. Darüber hinaus waren die Schäden im Bagatellbereich, so dass das Gericht den Schaden dem Grunde nach gemäß § 273 ZPO feststellen konnte.

Das Problem der Beischaffung bzw Einsicht in den kartellgerichtlichen Akt stellte sich letztendlich deswegen nicht, weil die Beklagten die Zustimmung zur Einsichtnahme gegeben hatten.

Das vorliegende Verfahren ist daher aufgrund seiner Vorreiterrolle als erster Schadenersatzprozess aufgrund von Kartellverletzungen in Österreich durchaus bedeutsam. Als wichtigste Erkenntnis lässt sich extrahieren, dass es grundsätzlich möglich ist, Schadenersatz zugesprochen zu bekommen. Aufgrund der besonderen Fallkonstellation stellten sich aber die spannendsten Fragen der privaten Rechtsdurchsetzung nicht und muss daher bei der weiteren Untersuchung in Bezug auf das österreichische Recht auf Literatur und Rechtsprechung zu ähnlichen Themenkreisen zurückgegriffen werden.

D. Private Enforcement im Europarecht

Neben der Durchsetzung des österreichischen Kartellrechts ist auch die private Durchsetzung des europäischen Kartellrechts, nämlich Art 81 Abs 1 EGV Teil dieser Arbeit. Die private Durchsetzung des europäischen Kartellrechts erfolgt wie jene des österreichischen Kartellrechts auf nationaler Ebene. Für die Durchsetzung der zivilrechtlichen Ansprüche aufgrund einer Verletzung des österreichischen und des europäischen Kartellrechts müssen daher dieselben Voraussetzungen erfüllt sein.¹⁴¹ In dem folgenden Abschnitt sollen die rechtlichen Rahmenbedingungen für die private Rechtsdurchsetzung auf europäischer Ebene beleuchtet werden. Dabei ist zunächst auf die für das Private Enforcement besonders relevante VO 1/2003 einzugehen. Danach wird die Rechtsprechung des EuGH zu diesem Thema dargestellt. Abgerundet wird dieser Themenkomplex durch eine ausführliche Darstellung und Diskussion der aktuellen Reformvorhaben der europäischen Kommission, die zu der Erstellung des Grünbuchs und danach des Weißbuchs „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG- Wettbewerbsrechts“ führten.

1. Rechtlicher Rahmen

¹⁴¹ Die Voraussetzungen für die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche wurde bereits oben unter dem Kapitel „Private Enforcement in Österreich“ behandelt.

Am 1.5.2003 ist die Verordnung 1/2003¹⁴² in Kraft getreten. Dadurch wurde die Verfahrensverordnung 17/62¹⁴³ abgelöst. Wie bereits oben dargestellt brachte diese Verordnung gravierende Änderungen bei der Anwendung des EG-Kartellrechts.¹⁴⁴

Für die private Rechtsdurchsetzung ist vor allem relevant, dass nun nationale Gerichte entscheiden können, ob Art 81 EGV anwendbar ist und sie nach Art 6 VO 1/2003 über das Bestehen eines Anspruches entscheiden können. Nach Ansicht der Kommission wird diese Änderung Einzelne dazu animieren Schadenersatz wegen Kartellrechtsverletzungen einzuklagen.¹⁴⁵

Randziffer 7 der VO 1/2003 sieht ausdrücklich die Möglichkeit vor, dass nationale Gerichte Schadenersatz bei einer Verletzung der Wettbewerbsrechte zusprechen:

„(7) Die einzelstaatlichen Gerichte erfüllen eine wesentliche Aufgabe bei der Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln. In Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen schützen sie die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden subjektiven Rechte, indem sie unter anderem den durch die Zuwiderhandlung Geschädigten Schadenersatz zuerkennen. Sie ergänzen in dieser Hinsicht die Aufgaben der einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden. Ihnen sollte daher gestattet werden, die Artikel 81 und 82 des Vertrags in vollem Umfang anzuwenden.“

2. Der Beginn des Private Enforcement in Rechtsprechung und Lehre

Mit der Frankovich-Entscheidung¹⁴⁶ wurde festgestellt, dass Pflichtverletzungen durch Mitgliedstaaten zu unmittelbar im Gemeinschaftsrecht begründeten Schadenersatzansprüchen gegen diesen Mitgliedstaat führen können, da nur so die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts gewährleistet ist.

¹⁴² Verordnung (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16.12.2002, ABl L 1 v 4.1.2003 S 1 – „VO 1/2003“; siehe dazu oben unter II.A.

¹⁴³ Verordnung (EWG) Nr 17/62 des Rates vom 6.2.1962, ABl 13 v 21.2.1962 S 204 – „VO 17/62“.

¹⁴⁴ Zur VO 1/2003 im Zusammenhang mit dem KartG 2005 siehe oben unter „Die VO 1/2003“.

¹⁴⁵ Woods/Sinclair/Ashton, Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead, in: EU Kommission, Competition Policy Newsletter, Bd 2/2004, 31ff.

¹⁴⁶ EuGH Rs. C-60/90 und C-9/90, Frankovich ua – Urteil vom 19.1.1991, Slg. 1991, I-5357.

Die Lehre verwendete dieses Argument – das sich an sich nur auf die Staatshaftung bezog – um einen Schadenersatzanspruch des Einzelnen bei einer Verletzung des Kartellrechts zu begründen.¹⁴⁷ Demnach enthalte Art 81 EGV die ausdrückliche Verpflichtung einzelner, aus denen nach der Rsp des EuGH anderen Personen Rechte erwachsen, welche wiederum verletzt würden, wenn Unternehmen gegen das Kartellverbot verstoßen. Für die vom EuGH als Grund für die Anerkennung eines gemeinschaftsrechtlichen Schadenersatzanspruchs genannte „volle Wirksamkeit“ des Gemeinschaftsrechts könne es nicht auf den Adressaten der Verpflichtung ankommen.

Generalanwalt *van Gerven* trat in seinen Schlussanträgen im Fall *Banks*¹⁴⁸ für die Entwicklung einheitlicher Haftungsvoraussetzungen bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht und konkret für einen Schadenersatzanspruch gegen Unternehmen bei einem Verstoß gegen Art 81 EGV ein. In dieser Entscheidung nahm der EuGH zu dieser Frage jedoch noch nicht Stellung.

2. Die Entscheidung *Courage v Crehan*

Der Beklagte Bernard Crehan schloss 1991 zwei Pub-Pachtverträge mit Intreprenneur Estates Ltd (IEL), einer zu je 50 Prozent im Eigentum der Klägerin Brauerei Courage Ltd sowie der Grand Metropolitan Holding stehenden Gesellschaft, auf der Grundlage eines von IEL vorgelegten Musterpachtvertrags ab. In diesem Pachtvertrag fand sich eine Alleinbezugsverpflichtung für Bier zugunsten von Courage, welche in Großbritannien einen Anteil am Biermarkt von 19 Prozent hält. Der von IEL verwendete und großteils unverhandelbare Musterpachtvertrag wurde im Jahr 1992 bei der Kommission angemeldet. 1993 wurde von der Kommission gem Art 19 Abs 3 VO 17/62 mitgeteilt, dass sie eine Freistellung nach Art 81 Abs 3 EGV gewähren wollte. Nach der Einführung eines neuen Mustervertrags wurde die Anmeldung des alten Musterpachtvertrags zurückgenommen.

¹⁴⁷ Siehe dazu ausführlich *Stillfried/Stockenhuber*, Schadenersatz bei Verstoß gegen das Kartellverbot des Art 85 EG-V (Teil II), wbl 1995, 345ff.

¹⁴⁸ EuGH Rs. C-128/92 *Banks/British Coal Corporation* – Urteil vom 13.4.1994, Slg. 1994, I-1209.

Nachdem Crehan 1993 von Courage auf Zahlung der noch offenen Bierlieferungen geklagt wurde, machte er Nichtigkeit der Bierbezugsverpflichtung gemäß Art 81 Abs 2 EGV geltend. Darüber hinaus begehrte er Schadenersatz mit der Begründung, dass jene Schankwirte, die an eine Alleinbezugsklausel gebunden waren, wesentlich mehr für die gleiche Menge Bier bezahlen mussten als andere. Dadurch hatte er weniger Gewinn erwirtschaften können. Nach englischem Recht stand Crehan kein Schadenersatz zu. Daher legte das englische Gericht dem EuGH vier Fragen zur Auslegung von Art 81 EGV vor dem Hintergrund der nationalen Schadenersatzregelung vor.

Das vorlegende Gericht fragte folglich, ob eine Partei einer verbotenen Alleinbezugsvereinbarung aufgrund von Art 81 EGV gerichtlichen Rechtsschutz gegen die andere Partei begehren kann. Weiters fragte das Gericht, ob bejahendenfalls diese Partei Schadenersatz verlangen könne, der aus dieser Vereinbarung entstanden ist. Drittens wurde gefragt, ob ein Grundsatz eines nationalen Rechts, wonach die Gerichte nicht zulassen, dass jemand als notwendigen Schritt zur Erlangung von Schadenersatz seine eigenen rechtswidrigen Handlungen geltend macht und/oder sich darauf stützt, als mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar angesehen werden sollte. So der EuGH zu dem Ergebnis komme, dass ein derartiger Grundsatz unter bestimmten Umständen nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei, fragte das nationale Gericht nach der Natur dieser Umstände.

Die Antworten des Gerichts:

1. Der EGV hat eine eigene Rechtsordnung geschaffen, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch der Einzelne ist. Wie in der Entscheidung „Van Gend & Loos“, „Costa“ und „Francovich“¹⁴⁹ hielt das Gericht fest, dass solche Rechte nicht nur entstehen, wenn der Vertrag dies eindeutig bestimmt, sondern auch aufgrund von eindeutigen Verpflichtungen, die der Vertrag dem Einzelnen wie auch den Mitgliedstaaten auferlegt. Weiters ist Art 81 EGV eine grundlegende Bestimmung, die für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich ist. Daher sind nach diesem Artikel

¹⁴⁹ EuGH-Urteile vom 5.2.1963 in der Rechtssache 26/62, Van Gend & Loos, Slg. 1963, 1, 25; vom 15.7.1964 in der Rechtssache 6/64, Costa, Slg. 1964, 1251, 1269; und vom 19.11.1991 in den verbundenen Rechtssachen C-6/90 und C-9/90, Francovich u.a., Slg. 1991, I-5357, Randnr. 31.

verbotene Vereinbarungen oder Beschlüsse nichtig.¹⁵⁰ Aufgrund der absoluten Wirkung der Nichtigkeit, hat die Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien keine Wirkung.¹⁵¹

2. Um die volle Wirkung der Bestimmungen des Vertrages zu gewährleisten und die Rechte zu schützen, die das Gemeinschaftsrecht dem Einzelnen verleiht, steht dem Kläger ein Schadenersatzanspruch zu. Dadurch wird die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln erhöht und Vertragsparteien davon abgehalten verbotene Vereinbarungen zu treffen.
3. Das Gemeinschaftsrecht steht einem Grundsatz des innerstaatlichen Rechts nicht entgegen, nach dem eine Partei eines Vertrages, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, sich nicht auf ihre eigenen rechtswidrigen Handlungen stützen kann, um Schadenersatz zu erlangen, sofern sie eine erhebliche Verantwortung an der Wettbewerbsverzerrung trifft.
4. Als Beurteilungsgesichtspunkte für die Verantwortung des auf Schadenersatz klagenden Vertragspartners hat das nationale Gericht insbesondere den wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmen, in dem sich die Parteien befinden, sowie die Stärke der Verhandlungsposition und das jeweilige Verhalten der beiden Vertragspartner heranzuziehen.

Zum einen wird damit erstmals eine Verpflichtung zu Schadenersatz bei Verstoß gegen Art 81 EGV postuliert. Art 81 Abs 2 EGV bestimmt zwar, dass nach Abs 1 verbotene Verträge nichtig sind, darüber hinausgehende Rechtsfolgen wie Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche sind aber im Vertrag nicht normiert. Deshalb war es bislang von der nationalen Rechtsordnung abhängig, ob über die Nichtigkeit hinausgehende Rechtsfolgen festgelegt werden.

Zum anderen wurden auch Klarstellungen bezüglich des Kreises der Kartellberechtigten als Schadenersatzberechtigte getroffen. Die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches wird auch der Marktgegenseite (also Lieferanten oder Abnehmer) und den Konkurrenten

¹⁵⁰ Siehe auch EuGH-Urteil vom 1.6.1999 in der Rechtssache C-126/97, Eco Swiss, Slg. 1999, I-3055, Randnr. 36.

¹⁵¹ So auch in EuGH-Urteil vom 25.11.1971 in der Rechtssache 22/71, Begelin, Slg. 1971, 949, Randnr. 29.

zugestanden. Partner eines gegen Art 81 EGV verstoßenden Vertrages waren bisher von der Begünstigung ausgenommen, da sie eher als Verursacher denn als Opfer gesehen wurden.

Ein Schadenersatzanspruch des Vertragspartners wurde auch mit der Begründung abgelehnt, es würde das gemeinschaftsrechtliche Verbot des Art 81 EGV umgangen. Hier hatte man jedoch zwei von der hier vorliegenden Fallkonstellation zu unterscheidende Konstellationen im Auge. Zum einen könnte die Regelung des Art 81 EGV umgangen werden, indem ein Vertragspartner den anderen nach einer Aufhebung des Vertrages wegen Nichtigkeit aufgrund von Art 81 EGV auf Nichterfüllung klagt. Zum anderen geht es um einen vorvertraglichen oder deliktischen Schadenersatzanspruch wegen Fehlinformation über die kartellrechtliche Wirksamkeit eines Vertrages.

Die Möglichkeit der Schadenersatzklage steht dem Vertragspartner jedoch nur dann zu, wenn er wirklich „Opfer“ und nicht „Täter“ eines Kartells ist. Es wird also geprüft, welche Verantwortung der Kläger an der Wettbewerbsverzerrung trägt bzw ob ihm die Möglichkeit der Änderung des verbotenen Vertrages offengestanden wäre. Hier soll auf den „wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmen“, die „Verhaltensweisen der Vertragspartner“ und die „Stärke der Verhandlungsposition“ abgestellt werden.

Es liegt auf der Hand, dass – wenn man einen Schadenersatzanspruch des Kartellbeteiligten bejaht - dies umso mehr für den Nichtbeteiligten gelten muss. Schließlich kommt bei diesem die Möglichkeit ein „Täter“ zu sein gar nicht in Betracht. Schließlich wird auch die bisher geltende Rechtslage unterstützt, wenn im Urteil von einem Ersatz des Schadens gesprochen wird, den jedermann verlangen können muss. Trotz der bereits bestehenden Rechtslage stellt dieses Urteil einen bedeutenden Schritt für die private Rechtsdurchsetzung des europäischen Kartellrechts dar, weil erstmals explizit ein Schadenersatzanspruch aufgrund der Verletzung des europäischen Wettbewerbsrechts bejaht wurde.

3. Der Fall Manfredi

Verschiedene Versicherungsgesellschaften in Italien tauschten Informationen über alle Aspekte der Versicherungstätigkeit, insbesondere über Preise, Abschläge, Einnahmen sowie

Schadens- und Vertriebskosten aus. Dadurch war es den beteiligten Versicherern möglich, die Prämien für Haftpflichtversicherungen für Kraftfahrzeuge, Schiffe und Motorfahräder so abzustimmen und festzusetzen, dass sich für die Versicherten erhebliche Prämien erhöhungen ergaben. Diese waren durch den Markt nicht gerechtfertigt und es war den Versicherten nicht möglich diesem Kartell auszuweichen.

Die italienische Wettbewerbsbehörde AGCM erklärte im Jahr 2000 dieses Preiskartell für rechtswidrig. Diese Entscheidung wurde auch im Instanzenzug bestätigt. Auf Basis dieser Entscheidungen brachten mehrere Versicherungsnehmer Schadenersatzklagen gegen insgesamt drei Versicherungsgesellschaften ein. Ziel war es die aufgrund des kartellrechtswidrigen Verhaltens überhöhten Versicherungsprämien zurückzufordern.

Das für die Schadenersatzklage zuständige Gericht war der Auffassung, dass das vorliegende Kartell auch gegen Art 81 Abs 1 EGV verstoße und legte mehrere Fragen bezüglich der Auslegung des Art 81 EGV und der Schadenersatzpflicht wegen eines Kartellverstoßes zur Vorabentscheidung vor.

Zunächst fragte das Gericht, ob Artikel 81 des Vertrages dahingehend auszulegen ist, dass er die Nichtigkeit eines Kartells oder eines abgestimmten Verhaltens von Versicherungsgesellschaften vorsieht, das in einem Austausch wechselseitiger Informationen besteht, der eine durch die Marktbedingungen nicht gerechtfertigte Erhöhung der Prämien für die Kfz-Haftpflichtversicherung ermöglicht, und zwar auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten an der Vereinbarung oder dem abgestimmten Verhalten beteiligt sind.

Des weiteren fragte das Gericht, ob Artikel 81 des Vertrages dahingehend auszulegen ist, dass er der Anwendung einer nationalen Vorschrift wie der des Artikels 33 des italienischen Gesetzes Nr. 287/90 entgegensteht, wonach ein Antrag auf Schadenersatz wegen eines Verstoßes gegen die Gemeinschafts- und die nationalen Vorschriften über wettbewerbswidrige Kartelle auch von Dritten bei einem anderen Gericht als dem gewöhnlich für derartige Anträge zuständigen zu stellen ist, was zu erheblich höheren Verfahrenskosten und einer erheblich längeren Verfahrensdauer führt.

Drittens hatte sich der EuGH mit der Frage zu befassen, ob Artikel 81 des Vertrages dahingehend auszulegen ist, dass er Dritte, die ein rechtlich relevantes Interesse haben, dazu berechtigt, die Nichtigkeit eines nach dieser Gemeinschaftsvorschrift verbotenen Kartells oder Verhaltens geltend zu machen und Ersatz der erlittenen Schäden zu verlangen, wenn ein Kausalzusammenhang zwischen dem Kartell oder dem abgestimmten Verhalten und dem Schaden besteht.

Sodann stellte das Gericht die Frage, ob Artikel 81 EGV dahingehend auszulegen ist, dass die Verjährungsfrist für einen auf diese Vorschrift gestützten Schadenersatzanspruch an dem Tag beginnt, an dem das Kartell errichtet oder das abgestimmte Verhalten aufgenommen wird, oder aber dahingehend, dass sie an dem Tag beginnt, an dem das Kartell beendet oder das abgestimmte Verhalten eingestellt wird?

Zuletzt fragte das Gericht, ob Artikel 81 des Vertrages dahingehend auszulegen ist, dass das nationale Gericht, wenn es feststellt, dass der nach nationalem Recht ersetzbare Schaden niedriger ist als der wirtschaftliche Vorteil, den das an dem verbotenen Kartell oder dem verbotenen abgestimmten Verhalten beteiligte schädigende Unternehmen erlangt hat, dem geschädigten Dritten außerdem von Amts wegen Strafschadenersatz zusprechen muss, der notwendig ist, damit der ersetzbare Schaden höher ist als der vom Schädiger erlangte Vorteil, und zwar zu dem Zweck, von nach Artikel 81 des Vertrages verbotenen Kartellen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen abzuschrecken.

Zunächst wird in der Entscheidung vom EuGH die Frage beantwortet, ob die Absprachen, die bereits nach italienischem Wettbewerbsrecht beanstandet wurden, auch Art 81 EGV verletzt haben könnten. Wie in Art 3 VO 1/2003 normiert und bereits in früheren Verfahren ausgesprochen¹⁵², stellte der EuGH fest, dass nationales und gemeinschaftsrechtliches Kartellrecht parallel anzuwenden sind. Die Artt 81, 82 EGV sollen kartellrechtswidriges Verhalten wegen der Hemmnissen, die diese gegenüber dem zwischenstaatlichen Handel bewirken können erfassen. Innerstaatliche Gesetzgebungen gehen dahingegen von eigenen

¹⁵² EuGH 13.2.1969, Rs 14/68, Wilhelm/Bundeskartellamt, Slg 1969, 1 (Rz 3-9); EuGH 10.7.1980, verb Rs 253/78 und 1/79 bis 3/79, Procureur de la République/Giry und Guerlain, Slg 1980, 2327 (Rz 15).

Erwägungen aus und beurteilen kartellrechtswidriges Verhalten nach diesen.¹⁵³ Unter das Gemeinschaftsrecht fallen alle Kartelle und alle Verhaltensweisen, die geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu beeinträchtigen, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten schaden könnte, indem insbesondere die nationalen Märkte abgeschottet werden oder die Wettbewerbsstruktur im gemeinsamen Markt verändert wird.¹⁵⁴ Determinante für die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist, ob sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher und tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell den Handel zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflussen können, die die Verwirklichung eines einheitlichen Marktes der Mitgliedstaaten hemmen könnte.¹⁵⁵ Dass auch ausländische Unternehmen an einem Kartell beteiligt sind, stellt zwar ein wichtiges Merkmal im Rahmen der Sachverhaltswürdigung dar, begründet aber für sich allein noch nicht die Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts. Vielmehr ist dafür zusätzlich Voraussetzung, dass der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt wird.¹⁵⁶ Ein Kartell, das sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates erstreckt, hat zwar seinem Wesen nach schon die Wirkung, die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene zu verfestigen, im Einklang mit seiner jüngeren Judikatur¹⁵⁷ stellt der Gerichtshof jedoch fest, dass das nationale Gericht eine konkrete Prüfung der abschreckenden Wirkung des Kartells für den Markteintritt ausländischer Mitbewerber durchzuführen hat. Das Gericht geht davon aus, dass im vorliegenden Fall durch das umfassende Informationssystem der Kartellanten eine sofortige abgestimmte Reaktion auf einen Neueintritt eines Mitbewerbers erfolgt wäre.¹⁵⁸

Zu den darauffolgenden Fragen bezüglich eines Schadenersatzes aufgrund eines Verstoßes gegen das europäische Wettbewerbsrecht vertritt das Gericht zunächst (wie in der Entscheidung *Courage/Crehan*) die Ansicht, dass Art 81 Abs 1 EGV unmittelbare Wirkung hat. Das bedeutet nicht nur, dass die wettbewerbswidrigen Verträge nichtig sind, sondern

¹⁵³ EuGH 13. 2. 1969, 14/68, *Rs Wilhelm/Bundeskartellamt*, Slg. 1969, 1, (Rz 3); 10. 7. 1980 verb *Rs 253/78* und 1/79 bis 3/79, *Procureur de la République/Giry und Guerlain u. a.*, Slg. 1980, 2327, Rz 15; 9. 9. 2003, *Rs C-137/00, Milk Marque und National Farmers' Union*, Slg. 2003, I-7975, Rz 61.

¹⁵⁴ EuGH 31.5.1979, *Rs 22/78, Hugin/Kommission*, Slg. 1979, 1869, Rz 17; 25.10.2001, *Rs. C-475/99, Ambulanz Gloeckner*, Slg. 2001, I-8089, Rz 47.

¹⁵⁵ EuGH 11.7.1985, *Rs 42/84, Remia u. a./Kommission*, Slg. 1985, 2545, Rz 22, und *Ambulanz Gloeckner*, Rz 48.

¹⁵⁶ Urteil *Manfredi*, Rz 44.

¹⁵⁷ *British Sugar / Kommission*, Rz 29,30.

¹⁵⁸ Urteil *Manfredi*, Rz 51.

auch, dass jedermann Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen kann, falls ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Verletzungshandlung und dem Schaden besteht.¹⁵⁹ Dies schließt auch Verbraucher mitein, die durch das kartellrechtswidrige Verhalten von Unternehmen geschädigt wurden.

Die Ausgestaltung des Verfahrens und die Bestimmung der zuständigen Gerichte ist nach den nationalen Bestimmungen zu beurteilen. Schließlich gibt es keine Regelung im EGV, die dies regelt. Es ist jedoch zu beachten, dass dieses Verfahren nicht weniger günstig ausgestaltet sein darf als bei entsprechenden Rechtsbehelfen, die nur innerstaatliches Recht betreffen (Äquivalenzgrundsatz). Weiters darf das Verfahren nicht so ausgestaltet sein, dass die Ausübung der Rechte praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden (Effektivitätsgrundsatz).¹⁶⁰ Zur Frage ob der Verweis auf ein anderes nationales Gericht, als das bei Ansprüchen nach inländischem Schadenersatzrecht zuständige Gericht, zulässig ist, obwohl damit höhere Verfahrenskosten und eine längere Prozessdauer verbunden sind, äußert sich das Gericht nicht. Es wird lediglich auf den Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz verwiesen.¹⁶¹

Bezüglich der Frage, ob eine nationale Vorschrift, wonach eine kurze Verjährungsfrist, die überdies nicht unterbrochen werden kann und die mit dem Setzen des kartellrechtswidrigen Verhaltens zu laufen beginnt, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, stellt das Gericht fest, dass dies mit dem Effektivitätsprinzip unvereinbar ist.¹⁶² Nach dieser Regelung sei nicht einmal ausgeschlossen, dass bei andauernder Verletzung die Frist noch während der Verletzung abläuft und einem Geschädigten ein Anspruch verwehrt würde.

Zur Frage des Umfanges des zu gewährenden Schadenersatzes stellt das Gericht fest, dass das Effektivitätsprinzip zwar keinen Strafschadenersatz voraussetzt. Dieser sei nur dann geboten, wenn er auch im Rahmen vergleichbarer, auf das innerstaatliche Recht gegründeter Klagen zugesprochen werden kann. Als Minimum des Umfanges wird jedoch der Vermögensschaden, der entgangene Gewinn und Zinsen festgelegt. Für die Höhe der Zinsen

¹⁵⁹ Urteil Manfredi, Rz 60 f.

¹⁶⁰ Urteil Manfredi, Rz 62.

¹⁶¹ Urteil Manfredi, Rz 72.

¹⁶² Urteil Manfredi, Rz 78.

ist das jeweilige nationale Recht maßgeblich. Selbst wenn eine nationale Vorschrift keinen solchen Schadenersatz vorsieht ist eine Verletzung ersatzfähig.

Neben der Bedeutung für die Auslegung der Zwischenstaatlichkeitsklausel¹⁶³ kommt der Entscheidung für die weitere Ausgestaltung des Prinzips der privaten Rechtsdurchsetzung von Kartellrecht zentrale Bedeutung zu. Zum einen wird ausdrücklich ausgesprochen, dass auch Verbraucher als Schadenersatzberechtigte in Betracht kommen. Dies bedeutet die konsequente Fortsetzung der Linie, die bereits im *Courage*-Urteil vertreten wurde. Während beim *Courage*-Urteil der Vertragspartner im Mittelpunkt des Interesses stand, geht es bei der vorliegenden Entscheidung um die Frage, ob Verbraucher Schadenersatz begehren können. Bereits im *Courage*-Urteil wurde ausgesprochen, dass „jedermann“ Schadenersatz verlangen können muss. Ob dabei auch Verbraucher umfasst sind, wurde nicht explizit ausgesprochen. Nur aufgrund eines Größenschlusses konnte gefolgert werden, dass wenn sogar der Vertragspartner aus einem Kartell Schadenersatz verlangen konnte, dieses Recht dem schutzwürdigeren Verbraucher zustehen muss. Aufgrund der ausdrücklichen Feststellung des Gerichts bedarf es nun keiner Interpretationen mehr. Auf eine Vertragsbeziehung zwischen Konsument und Kartellbeteiligten kommt es offenbar nicht an. In der Entscheidung wird lediglich der Kausalzusammenhang zwischen Kartellrechtsverletzung und Schaden in den Vordergrund gestellt.¹⁶⁴

Bezüglich der näheren Präzisierung der Verfahrensvorschriften wird auf das Korrektiv des Effektivitäts- und Äquivalenzprinzip abgestellt. Die aus diesen Prinzipien für den vorliegenden Fall gewonnenen Feststellungen, nämlich jene über die Unzulässigkeit der vorliegenden Verjährungsfrist, die Zuständigkeit der Gerichte und der Umfang des Schadenersatzes, kommen bei näherer Betrachtung der Vorjudikatur und den damit im Einklang stehenden Bestrebungen der Kommission (Stichwort Grünbuch/Weißbuch) nicht überraschend. Im Lichte der bereits in Literatur, im Grün- und Weißbuch der Kommission und in diversen Stellungnahmen dazu vorgeschlagenen Maßnahmen zur Verstärkung der privaten Rechtsdurchsetzung stellen die Antworten des Gerichts eher die Untergrenze des Möglichen dar. Vor allem in der Frage des Umfangs des Schadenersatzes gab es nach einem entsprechendem Vorschlag im Grünbuch (der sich nun nicht mehr im Weißbuch findet)

¹⁶³ Siehe dazu auch *M. Karollus*, Schadenersatz wegen EG-Kartellverstoßes auch für Verbraucher, *ecolex* 2006, 797.

¹⁶⁴ So auch *Seitz*, *EWS* 2006, 416 (417f).

bereits heftige Diskussionen, ob ein Strafschadenersatz eingeführt werden soll. Das Gericht verweist lediglich auf ähnliche innerstaatliche Vorschriften und unterstützt damit wohl jene Stimmen, die auf eine fehlende Kompetenz der Gemeinschaft zur Erlassung eines „Sonderschadenersatzrechtes“ hingewiesen haben.¹⁶⁵

Aus österreichischer Sicht ist zu bemerken, dass die allgemeinen Regeln des Schadenersatzes (die auch bei Kartellrechtsverletzungen anzuwenden sind) nicht ganz im Einklang mit der Entscheidung des Gerichts stehen. Schließlich würde derselbe Umfang auch nach österreichischem Recht nur bei grobem Verschulden zugesprochen. Eine Unterteilung nach dem Grad des Verschuldens nimmt das Gericht jedoch nicht vor. Somit wäre auch bei leichtem Verschulden unter anderem der entgangene Gewinn zu ersetzen.¹⁶⁶

4. Das Grünbuch der Kommission

Am 19.12.2005 legte die Kommission das mit Spannung erwartete „Grünbuch – Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“ vor.¹⁶⁷ Darin werden die zentralen Fragen und Probleme im Zusammenhang mit Schadenersatzklagen behandelt. Die Hindernisse für ein effizienteres System der Schadenersatzklagen wegen der Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts werden aufgezeigt und mögliche Auswege und Maßnahmen zur Bewältigung der zugrunde liegenden Probleme sollten gefunden werden. Ferner sollte durch die Veröffentlichung des Grünbuches die öffentliche Diskussion über die private Durchsetzung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts und insbesondere über Schadenersatzklagen gefördert werden. Ausführlichere Überlegungen und Denkansätze finden sich im angefügten Arbeitspapier.¹⁶⁸

Grünbuch und Arbeitspapier stellen Konsultationspapiere dar und allen interessierten Parteien wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.¹⁶⁹

¹⁶⁵ So auch die österreichische BWB in ihrer Stellungnahme zum Grünbuch Schadenersatzklagen, siehe unten.

¹⁶⁶ Näheres zu dieser Problematik siehe unter Kapitel „Verschulden“.

¹⁶⁷ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, GRÜNBUCH Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM(2005) 672 endgültig, SEK(2005) 1732, Brüssel 19.12.2005.

¹⁶⁸ Commission of the European Communities, Commission Staff Working Paper, Annex to the GREEN PAPER Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2005) 1732, COM(2005) 672 final, Brüssel, 19.12.2005.

¹⁶⁹ Stellungnahmen konnten bis zum 21. April 2006 an comp-damages-actions@cec.eu.int gerichtet werden.

Das Problem der privaten Durchsetzung auf europäischer Ebene besteht laut Kommission darin, dass zwar der EuGH ausgesprochen hat, dass die Rechtssysteme der einzelnen Mitgliedstaaten für detaillierte Regeln zur Erhebung von Schadenersatzklagen zu sorgen haben, dieser Rechtsbereich aber nach Ansicht der Kommission in den 25 Mitgliedstaaten „völlig unterentwickelt“ ist. Es bestehen in den einzelnen Mitgliedstaaten erhebliche Hindernisse für eine wirksame Handhabung von Schadenersatzklagen wegen Verletzung des Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft.

Somit wurden im Grünbuch die Haupthindernisse festgestellt und verschiedene Optionen für weitere Überlegungen und mögliche Maßnahmen zur Optimierung von Schadenersatzklagen sowohl im Bereich der Folgeklagen als auch im Bereich eigenständiger Klagen aufgezeigt.

Die wichtigsten Themen des Papiers sind Fragen über den Zugang zu Beweismitteln (Disclosure Problematik), das Verschuldenserfordernis, den Umfang des Schadenersatzes, die „passing-on defense“ und Klagebefugnis des indirekten Abnehmers, die kollektive Anspruchsdurchsetzung, die Prozesskosten, die Koordinierung der staatlichen und privaten Rechtsdurchsetzung, die gerichtliche Zuständigkeit und das anwendbare Recht. Die Fragen und Optionen der Kommission werden näher im Rahmen der einzelnen Themen ausführlich behandelt.¹⁷⁰

5. Das Weißbuch der Kommission

Mit Entschließung vom 25.4.2007¹⁷¹ stimmte das Europäische Parlament den Ergebnissen des Grünbuchs zu und forderte die Kommission auf, in einem Weißbuch konkrete Vorschläge zu unterbreiten, wie die einer wirksamen Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Schadenersatzansprüche entgegenstehenden Hindernisse beseitigt werden können. Am 3. April 2008 veröffentlichte die Kommission das Weißbuch „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts.“¹⁷² Im Gegensatz zum Grünbuch enthält das Weißbuch zu den Themen des Grünbuchs keine Optionen unterschiedlicher Maßnahmen, sondern konkrete Vorschläge bzw Empfehlungen der Kommission. Diese Vorschläge bzw

¹⁷⁰ Siehe dazu unter Punkt „IV. Sonderproblematiken“.

¹⁷¹ Entschließung vom 25. April 2007 (2006/2207(INI)).

¹⁷² KOM(2008) 165 endgültig.

Empfehlungen decken sich mit jeweils einer der Optionen des Grünbuchs zu dem jeweiligen Thema. Laut EU-Wettbewerbskommissarin Neelie Kroes gehe es bei den Vorschlägen um Gerechtigkeit für Verbraucher und Unternehmen, die Jahr um Jahr wegen Wirtschaftsteilnehmern, die die EU-Wettbewerbsvorschriften verletzen, Milliarden von Euro verlieren. Die Geschädigten brauchen für die Durchsetzung des Schadenersatzanspruchs ein wirksames System, das die behördliche Durchsetzung ergänzt. Dabei müssen mögliche Fehlentwicklungen wie im US-amerikanischen System verhindert werden.¹⁷³ Das Weißbuch ist gemeinsam mit dem Arbeitspapier zu lesen, in dem die dem Weißbuch zugrunde liegenden Erwägungen im Einzelnen ausgeführt sind und ein Überblick über den derzeitigen gemeinschaftlichen Besitzstand (*aquis communautaire*) gegeben wird. In einem Folgenabschätzungsbericht werden die zu erwartenden Vorteile und Kosten von verschiedenen rechtspolitischen Optionen untersucht sowie dieser Berichts zusammengefasst. Stellungnahmen zum Weißbuch konnten bis 15.7.2008 bei der Kommission eingebracht werden.

Bemerkenswert ist, dass schon auf der zweiten Seite des Weißbuchs festgehalten wird, dass die Ineffektivität von wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzklagen am besten durch einen EU-weiten Mindeststandard und einheitliche Rahmenbedingungen bekämpft werden kann. Aufhorchen lässt auch die Ansicht der Kommission, dass ein genuin europäischer Rechtsrahmen erforderlich ist¹⁷⁴, wobei jedoch nicht näher ausgeführt wird, auf welche europarechtlichen Grundlagen, sich ein solcher Rechtsrahmen stützen soll.

6. Generelle Stellungnahmen

Auf der Internetseite der Generaldirektion Wettbewerb sind sämtliche eingegangenen Stellungnahmen zum Grünbuch¹⁷⁵ und zum Weißbuch¹⁷⁶ nachzulesen. Im Folgenden sollen zunächst die wichtigsten Standpunkte und danach die eigene Bewertung dargestellt werden.

¹⁷³ Pressemitteilung IP/08/515, Brüssel, 3.4.2008.

¹⁷⁴ Weißbuch, 3.

¹⁷⁵ http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/green_paper_comments.html

¹⁷⁶ http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments.html

Die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde macht in ihrer Stellungnahme zum Grünbuch¹⁷⁷ keinen Hehl daraus, dass sie den Vorschlägen der Kommission sehr kritisch gegenübersteht. Nach Ansicht der BWB entspreche bereits jetzt die österreichische Rechtslage den Erfordernissen des Courage Urteils des EuGH. Demnach müssen nationale Gerichte die volle Wirkung der EU-Wettbewerbsbestimmungen gewährleisten und jedermann müsse Schadenersatz wegen Wettbewerbsverstößen begehren können, anderenfalls die praktische Wirksamkeit des Art 81 EGV beeinträchtigt wäre.

Nachdem der OGH bereits festgestellt habe, dass ein Verstoß gegen das europäische Wettbewerbsrecht sittenwidrig iSd § 1 UWG sei, **könne bereits jetzt jeder Mitbewerber Unterlassung und Schadenersatz begehren**. Darüber hinaus sei in § 36 Abs 4 Z 4 KartG 2005 geregelt, dass jeder betroffene Unternehmer beim Kartellgericht Antrag auf behördliche Verfolgung stellen kann. Im Anschluss daran könne bei ordentlichen Gerichten Schadenersatz begehrt werden.

Sodann wird die **Notwendigkeit** zur europaweiten Harmonisierung des Schadenersatz- und Zivilprozessrechts, die sich ausschließlich auf den Bereich des Kartellrechts bezieht, in Frage gestellt. Es wird darauf hingewiesen, dass ein Eingriff in gewachsene Schadenersatzsysteme der Mitgliedstaaten nicht absehbare Folgen haben könnte.

Für einzelne Anspruchsarten verfahrensrechtliche Sonderbestimmungen vorzusehen widerspräche im übrigen dem **Gleichheitssatz** wie er durch die Rsp des EuGH entwickelt wurde. Die herausgebildeten rechtsstaatlichen Grundsätze binden auch die Gemeinschaftsorgane. Eine unterschiedliche Behandlung vergleichbarer Sachverhalte sei demnach nur dann zulässig, wenn sie objektiv geboten und sachlich gerechtfertigt sei. Für einzelne Anspruchsarten verfahrensrechtliche Sonderbestimmungen vorzusehen, sei nicht zulässig, weil dies sachlich nicht gerechtfertigt sei.

Zuletzt kritisiert die Bundeswettbewerbsbehörde, dass es **keine Rechtsgrundlage** für die Erlassung einer gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung im Bereich des zivilgerichtlichen Verfahrensrechts gebe. In Betracht käme nur Art. 65 iVm Art 61 lit c und Art 67 Abs 1 u 5 EGV. Maßnahmen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivil- und Handelssachen

¹⁷⁷ Stellungnahme der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde, 3.

müssen für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sein. Dieser Nachweis sei noch nicht erbracht worden. Der bloße Verweis auf den Anteil der privaten Rechtsdurchsetzung in den USA reiche nicht aus.

Von anderen Stimmen, die ebenfalls eine Rechtsgrundlage verneinen, wird darauf verwiesen, dass man statt einer einheitlichen Regelung **nur eine Jurisdiktion** brauche, die ein kosteneffektives Verfahren und ausreichend klare Regeln für die private Rechtsdurchsetzung von Schadensersatzklagen aus Kartellrechtsverletzungen aufweise. Eine solche Jurisdiktion würde Fälle anziehen und das von der Kommission gewünschte Resultat würde durch die Nachahmung anderer Jurisdiktionen erzielt.

Es sollte nach Ansicht mancher¹⁷⁸ eher die **behördliche Kartellrechtsdurchsetzung Vorrang** vor der privaten haben, weil sie effizienter sei und das allgemeine öffentliche Interesse sicherstelle. Darüber hinaus störe eine drohende private Klage bei der Durchführung von Kronzeugenprogrammen. Schließlich müsse ein „gestehender“ Teilnehmer eines Kartells fürchten, von Mitbewerbern oder Konsumenten geklagt zu werden.

Andere wiederum meinen, dass eine Kooperation mit der Wettbewerbsbehörde (das sogenannte „whistle blowing“) nicht zu einer Immunität gegenüber privaten Klagen führen dürfe. Dies würde dem Gedanken des Schadenausgleichs zuwiderlaufen.¹⁷⁹

In dieselbe Kerbe schlägt die Industriellenvereinigung, die neben der fraglichen Kompetenzgrundlage auch die Auswirkungen auf die Wirtschaft kritisiert. Nach Ansicht der IV werde durch schadenersatzrechtliche Sonderregelungen für Wettbewerbsverletzungen **Innovation und Fortschritt gelähmt** und sei deshalb abzulehnen. Die Durchsetzung des EG-Wettbewerbsrechts sollte **durch die Behörden** und nicht durch Private erfolgen. Durch das neue Legalausnahmesystem seien genug Ressourcen frei geworden, damit Wettbewerbsverstöße mit mehr Nachdruck verfolgt werden können.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Stellungnahme der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde, 9.

¹⁷⁹ Siehe dazu *Maier/Werner*, Remarks on the Green Paper on Damages Actions for breach of the antitrust rules, 3.

¹⁸⁰ Stellungnahme der österreichischen Industriellenvereinigung, 3.

Diametral zu diesen eher negativen Attesten liest sich naturgemäß die Stellungnahme des Bundesministeriums für Soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz. Die Initiative Private Enforcement wird begrüßt. Vor allem wird die Meinung bezüglich der in der Praxis auftretenden prozessualen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der sog. **„Sammelklage nach österreichischem Recht“** geteilt. Auf materieller Ebene erkennt man die Probleme im Zusammenhang mit der **kausalen Verknüpfung** zwischen dem wettbewerbswidrigen Handeln und dem verursachten Schaden sowie der fehlenden Anspruch auf Akteneinsicht (sog. „Disclosure Problematik“). Auch das Problem der **Anspruchsverjährung** (3- oder 30-jährige Frist, Beginn der Laufzeit) stellt nach Ansicht des Ministeriums ein wesentliches Hindernis für die Anspruchsdurchsetzung dar.

Das Bundesministerium steht somit den Änderungen sehr positiv gegenüber. Eine Erklärung, warum sich keine entsprechenden Bestimmungen im Kartellgesetz 2005 wiederfinden, bleibt die Behörde jedoch schuldig. Schließlich wäre es auch möglich gewesen, entsprechende Änderungen durch eine Regierungsvorlage nachträglich herbeizuführen.

Nach Ansicht von Vertretern aus der anwaltlichen Praxis sollte genau festgelegt werden, **welche Ziele** erreicht werden sollen. Je nachdem, ob man auch eine Abschreckungswirkung, oder nur den bloßen Ersatz für den erlittenen Schaden zusprechen wolle, müssten auch sämtliche Maßnahmen ausgestaltet werden. Wenn man beispielsweise einen hohen Abschreckungseffekt erzielen möchte, würde das Auswirkungen auf den zu leistenden Schadenersatz haben (Stichwort „punitive damages“). Wichtig sei eine konstante, in sich schlüssige Vorgehensweise, wofür eine klare Definition der zu erreichenden Ziele notwendig sei.¹⁸¹

Nach Ansicht vieler stecke die **Verordnung 1/2003 noch in den Kinderschuhen** und man müsse den nationalen Behörden Zeit geben, sich auf die neue Situation einzustellen. Eine neuerliche Änderung sei verfrüht. Neue Regeln sollen auf alle Fälle nicht **aus Überhastung** unausgeglichen und unscharf gestaltet werden. Einerseits solle es dem Kläger erleichtert werden, eine begründete Schadenersatzklage mit Aussicht auf Erfolg einbringen zu können. Andererseits dürfe es dem Beklagten nicht übermäßig erschwert werden, eine unberechtigte

¹⁸¹ *Baker & McKenzie*, European Competition Law Practice Group, Response to Green Paper on Private Enforcement, 1.

Klage zu bekämpfen.¹⁸² Auch das **vorsätzliche Einbringen von unberechtigten Klagen** wäre eine äußerst negative Folge, welcher es vorzubeugen gelte. Auf der anderen Seite müsse eine effiziente Klagsführung möglich sein. Darüber hinaus gelte es auch auf ein sinnvolles **Zusammenspiel zwischen der privaten und der öffentlichen Rechtsdurchsetzung** Bedacht zu nehmen. Es könne nicht jedes der von der Kommission postulierten Ziele durch eine Verfolgung durch Behörden erreicht werden, ein gesamtes Überwälzen auf die private Seite sei jedoch genauso verfehlt.

7. Harmonisierung von Private Enforcement?

Derzeit noch nicht entschieden ist, wie allfällige Maßnahmen zur Verbesserung der privaten Rechtsdurchsetzung des Wettbewerbsrechts in den einzelnen Mitgliedstaaten umgesetzt werden könnten. Die Kommission hat sich auch noch keine Meinung darüber gebildet, ob etwaige Maßnahmen besser auf EU-Ebene oder auf Ebene der einzelnen Mitgliedstaaten erfolgen sollten.¹⁸³ Häufiger Kritikpunkt an dem Grünbuch ist, dass für eine europaweite Harmonisierung keine Rechtsgrundlage besteht und diese nicht geboten sei. Im folgenden soll daher beleuchtet werden, ob eine Harmonisierung der privaten Rechtsdurchsetzung auf europäischer Ebene möglich wäre und auf welche Rechtsgrundlagen sich eine solche Harmonisierung stützen könnte.

a. Zivilrechtskompetenz der Gemeinschaft?

Nach hM kommt der Gemeinschaft in Bezug auf das materielle Zivilrecht keine generelle (horizontale) Legislativkompetenz zu.¹⁸⁴ Das Gemeinschaftsrecht kann jedoch auf das

¹⁸² Stellvertretend für viele: *Freshfields / Bruckhaus / Deringer*, Response to Commission of the European Communities, DG Competition, Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, 5.

¹⁸³ Memo/05/489, Grünbuch der Europäischen Kommission über Schadenersatzklagen wegen der Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts – häufig gestellte Fragen vom 20.12.2005.

¹⁸⁴ *Basedow*, Grundlagen des europäischen Privatrechts, JuS 2004, 89, 93; *Kieninger – Leible*, Plädoyer für einen „Europäischen wissenschaftlichen Ausschuss für Privatrecht“, EuZW 1999, 37, 37; Großerichter, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Rechtsraum: Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht und seine Perspektiven nach der Entscheidung „Überseering“, DStR 2003, 159, 169; Schmid, Neuordnung des Wettbewerbsrechts – Recht des unlauteren Wettbewerbs und Verbraucherschutz im Wandel – Bericht über das 11. Ringberg-Symposium des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, GRURInt 1998, 475, 489; *Schneider*, Europäische und internationale Harmonisierung des Bankvertragsrechts – Zugleich ein Beitrag zur Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1991, 1985, 1988; *Eilmansberger*, Schadenersatz wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts –

nationale Privatrecht einwirken. Wie alle Bereiche des nationalen Rechts, ist es ein „Einwirkungsobjekt des Gemeinschaftsrechts“.¹⁸⁵ So fand neben einer Privatrechtsbeschränkung auch seit den Anfängen der Gemeinschaft eine Privatrechtsschöpfung statt, die zur Herausbildung eines zunehmend dichter werdenden eigenständigen Gemeinschaftsprivatrechts führte.¹⁸⁶ Dieses umfasst mittlerweile arbeits-, gesellschafts-, versicherungs-, vertrags- oder konsumentenschutzrechtliche sowie im Ansatz auch sachenrechtliche Normen.¹⁸⁷ Ein Beispiel dafür ist die ProdukthaftungsRL, die eine eigene Definition des Begriffs Schaden, eine Haftung zur ungeteilten Hand, ein Erlöschen der Ansprüche nach 10 Jahren und eine Untersagung haftungsbegrenzender oder -befreiender Vertragsklauseln vorsieht.¹⁸⁸ Auch die Zollager- und Zollkodex DVO¹⁸⁹, die SortenschutzVO¹⁹⁰, die LuftfahrthaftungsVO¹⁹¹, die Verbrauchsgüterkauf RL¹⁹² und die UmwelthaftungsRL¹⁹³ betreffen teilweise ebenfalls – wie das Grünbuch – Materien des Schadenersatzes wie Haftungsbegründung, Schadensdefinition, Verpflichtete, Haftungsbegrenzung, Haftungsübergang, Verschuldenserfordernis, Verjährung oder Regressführung.

Insbesondere sei auf die RL 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums verwiesen. Um wirksamen Schutz vor Verletzungen des geistigen Eigentums zu gewährleisten, wurden – ähnlich den Vorschlägen des Grün- und Weißbuchs – Regelungen bezüglich der Klagslegitimation (Art 4), der Beweissicherung (Art 7), einstweiliger Maßnahmen (Art 9), der Prozesskostentragung (Art 14), der Veröffentlichung von Urteilen (Art 15), der Beweiserleichterung (Art 5f) und der Definition der Voraussetzungen und der Höhe des Schadenersatzes (Art 13) getroffen .

Überlegungen zum Grünbuch der Kommission, in: *Gruber – Rüffler (Hrsg)*, Symposium zum 70. Geburtstag für Hans-Georg Köppensteiner (2007) 115, Pkt II.

¹⁸⁵ *Müller-Graff*, Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht (1991) 20.

¹⁸⁶ *Gamerith*, Das nationale Privatrecht in der Europäischen Union – Harmonisierung durch Schaffung von Gemeinschaftsprivatrecht, *ÖJZ* 1997, 165, Pkt III; *Schulze*, Grundzüge eines kohärenteren europäischen Vertragsrechts, *ZRP* 2006, 155, 156.

¹⁸⁷ *Lenaerts – Van Nuffel*, Constitutional Law of the European Union, Rz 5-208.

¹⁸⁸ Art 1 und 8 ff RL 85/374/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, *ABl* 1985 L 210, 29.

¹⁸⁹ Art 38 Abs 3 VO 2561/90 zur Durchführung der Verordnung (EWG) Nr 2503/88 des Rates über Zollager, *ABl* 1985 L 210, 29.

¹⁹⁰ Art 94ff VO 2100/94 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz, *ABl* 1994 L 227, 1.

¹⁹¹ Art 3ff VO 2027/97 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen, *ABl* 1997 L 285, 1.

¹⁹² Art 3 ff RL 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, *ABl* 1999 L 171, 12.

¹⁹³ Art 3 ff und 16 f RL 2004/35/EG über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden, *ABl* 2004 L 143, 56.

Als häufigste Rechtsgrundlage wurden – obwohl Art 65 lit c eine spezifische Rechtsgrundlage zur Vereinheitlichung bestimmter Aspekte des Zivilverfahrens darstellt – die Artt 94 und 95 EGV (allgemeine Rechtsgrundlagen zur Vereinheitlichungen zugunsten des Funktionierens des Binnenmarkts) angewendet. Zivilrechtskompetenzen können sich aber auch aus einer besonderen Gemeinschaftspolitik (zB Wettbewerb) ergeben, so die mitgliedstaatlichen Privatrecht der Verwirklichung der Gemeinschaftspolitik entgegenstehen.

Für eine Beurteilung, ob eine Umsetzung der Vorschläge der Kommission auf europäischer Ebene zulässig ist, ist daher zunächst zu untersuchen, ob eine Rechtsgrundlage besteht und bejahendenfalls ob (Frage der Subsidiarität) und wenn ja, wie (Frage der Verhältnismäßigkeit) die Gemeinschaft diese Zuständigkeit ausüben darf.

b. Rechtsgrundlage

Grundsätzlich ist nach hRsp bei der Ermittlung der Rechtsgrundlage auf den Inhalt und das Hauptziel des Rechtsaktes abzustellen.¹⁹⁴ Inhalt und Ziele der Maßnahme müssen also in objektiver, gerichtlich nachprüfbarer Weise auf die gewählte Rechtsgrundlage bezogen werden können. Dabei kommt es nicht auf die Übereinstimmung des genauen Wortlauts an. Vielmehr kann in einer Rechtsgrundlage eine andere, zur Verwirklichung dieser Rechtsgrundlage notwendige Kompetenz, eine sogenannte Annexkompetenz enthalten sein. Nach dem „implied-powers“ Grundsatz¹⁹⁵ kommt es bei der Beurteilung von Natur und Inhalt eines Rechtsaktes darauf an, eine einheitliche und kohärente Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften und ein reibungsloses Funktionieren des von ihnen errichteten Systems sicherzustellen, um die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu wahren.

Im Grünbuch wird als Zweck des Papiers „die Haupthindernisse für ein effizienteres System der Schadenersatzklagen festzustellen und verschiedene Optionen für weitere Überlegungen und Maßnahmen zur Optimierung von Schadenersatzklagen sowohl im Bereich der

¹⁹⁴ Urteil 2.5.2006, Rs C-436/03, Parlament-Rat, noch nicht in Slg veröffentlicht, Rz 13; Rs C-295/90, Parlament-Rat, Slg 1992 I-4193 Rz 13; Rs C-155/91, Kommission-Rat, Slg 1993 I-939 Rz 7; Rs C-377/98, Niederlande-Parlament und Rat, Slg 2001 I-7079 Rz 27; Rs C-269/97, Kommission-Rat, Slg 2000 I-2257 Rz 43; Rs C-36/98, Spanien-Rat, Slg 2001 I-779 Rz 58; Rs C-491/01, British American Tobacco, Slg 2002 I-11453 Rz 93.

¹⁹⁵ Rs 22/70, Kommission-Rat („AETR“), Slg 1971, 263 Rz 28.

Folgeklagen (also Fälle, in denen nach Feststellung eines Verstoßes durch die Wettbewerbsbehörde das zivilrechtliche Verfahren eingeleitet wird) als auch im Bereich eigenständiger Klagen (dh Klagen, die nicht zu einem früheren Zeitpunkt von der Wettbewerbsbehörde festgestellten Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht ergaben) aufzuzeigen“ genannt.¹⁹⁶

(1) Art 83 EGV

Da man das Ziel daher mit einer Verbesserung der schadenersatzrechtlichen Durchsetzung von Wettbewerbsverstößen umschreiben könnte, liegt zunächst auf der Hand die Grundlage für eine gemeinschaftsweite Umsetzung im Kapitel Wettbewerb zu suchen. Art 83 EGV ist hier die einschlägige Rechtssetzungsnorm. Nach Art 81 Abs 1 EGV ist der Gemeinschaftsgesetzgeber zum Erlass von zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Artikeln 81 und 82 EGV niedergelegten Grundsätze ermächtigt. In Abs 2 werden beispielhaft die Bereiche Geldbußen, Freistellungsvoraussetzungen, Sektorenbestimmungen, Gemeinschaftsvollzug und Verhältnis von nationalem Wettbewerbsrecht und EG-Wettbewerbsrecht genannt. Diese Aufzählung ist nicht abschließend, aber aus deren Systematik lässt sich erkennen, dass nur Fragen der Reichweite des Wettbewerbsrechts oder der Wettbewerbsaufsicht durch die Gemeinschaftsorgane umfasst. Das nationale Recht ist nur als Abgrenzung vom EG-Wettbewerbsrecht angeführt. Deshalb wurden - gestützt auf dieser Rechtsgrundlage - nur Verordnungen zur Reichweite und Anwendung der EG-Wettbewerbsbestimmungen erlassen.¹⁹⁷

Nach derzeit hL wird die Frage, ob eine Harmonisierung der nationalen Vorschriften für die Durchsetzung des EG-Wettbewerbsrechts auf Art 83 EGV gestützt werden kann, verneint. Art 83 EGV alleine biete nur Grundlage für die Sanktion der Nichtigkeit von Verstößen gegen die europäischen Wettbewerbsregeln, daher wäre eine Schadenersatzsanktion nicht erfasst.¹⁹⁸ Nachdem es der EuGH schon abgelehnt habe, die genaue Reichweite der Nichtigkeit des Art

¹⁹⁶ Grünbuch Schadenersatz, 4 f.

¹⁹⁷ Reidlinger in Streinz, Art 83 Rz 40 f.

¹⁹⁸ Sturhahn in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Art 83 Rz 9; Schröter in Schröter/Jakob/Mederer, Art 30 Rz 28; Schröter in von der Groeben/Schwarze, Art 83 Rz 30; Jung in Calliess/Ruffert, Art 83 Rz 19; Bauer/Weyer in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Zivilrechtsfolgen Art 81 Rz 95 f; Jungbluth in Langen/Bunte, Art 83 Rz 22; Schmidt in Immenga/Mestmäcker, Art 85 Rz 23; Mestmäcker/Schweitzer, § 3 Rz 12.

81 Abs 2 EGV im nationalen Recht zu bestimmen, müsse es dem Gerichtshof auch zugemessen werden, noch weiter gehende Fragen der Regelung durch das nationale Recht zu überlassen.¹⁹⁹

Im Gegensatz dazu gibt es auch im Schrifttum Stimmen, die Art 83 EGV als Rechtsgrundlage für eine Vereinheitlichung der Schadenersatzklagen auf europäischer Ebene gestützt sehen.²⁰⁰ Gestützt wird diese Ansicht von der „implied powers“-Doktrin und der aktuellen Rechtsprechung des EuGH zu stillschweigenden Annexkompetenzen.

Wie bereits oben näher dargestellt wurde in den Urteilen „Courage-Crehan“ und „Manfredi“ festgestellt, dass die Art 81 und 82 EGV einen autonom-gemeinschaftsrechtlichen Schadenersatzanspruch beinhalten, wonach vor nationalen Gerichten jedermann Ersatz von Schäden aufgrund wettbewerbwidrigen Verhaltens erlangen können muss. Dieser Schadenersatz ist daher nicht getrennt vom EG-Wettbewerbsrecht zu betrachten, sondern ist vielmehr Teil des impliziten Regelungsumfangs des Wettbewerbskapitels. Nur mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung ist es Sache der Mitgliedstaaten, die Durchsetzung dieses Schadenersatzanspruches sicherzustellen.²⁰¹

In der Entscheidung „Umweltrahmenbeschluss“ sprach der EuGH ebenfalls aus, dass die Regelungskompetenz in der Hauptsache nicht von der Regelungskompetenz betreffend die Durchsetzung auf nationaler Ebene getrennt werden kann, sondern zumindest implizit mitumfasst ist.²⁰² In diesem Judikat sprach das Gericht sogar aus, dass Strafbestimmungen zur Sicherung der Wirksamkeit der gemeinschaftlichen Politik nicht vom Hauptregelungsgegenstand abgetrennt werden dürfen. Im Schrifttum wurde aufgrund der allgemeinen Formulierung der Begründung gefolgert, dass diese Annahmen auch auf das Wettbewerbskapitel übertragbar seien. Des weiteren wurde mittels eines Größenschlusses a maiori ad minus auf eine Kompetenz der Gemeinschaft zur Regelung von Zivilrechtsfolgen aufgrund von Wettbewerbsverstößen geschlossen. Wenn schon die Sanktionskompetenz im

¹⁹⁹ *Bauer/Weyer*, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Zivilrechtsfolgen Art 81 Rz 95 f.

²⁰⁰ *Eilmansberger*, Schadenersatz wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts – Überlegungen zum Grünbuch der Kommission, in: *Gruber/Rüffler (Hrsg)*, Symposium zum 70. Geburtstag für Hans-Georg Koppensteiner (2007), Pkt II; *Pernice in Grabitz/Hilf (Hrsg)*, Das Recht der Europäischen Union – Kommentar (11.EL, 1997) Art 85 Rz 16; *Van Gerven*, Substantive Remedies for the Private Enforcement of EC Antitrust Rules Before National Courts, in: *Ehlermann/Atanasiu (Hrsg)*, European Competition Law Annual 2001 (2003) 53, 81.

²⁰¹ Urteil „Courage-Crehan“, Rz 29.

²⁰² Rs C-176/03, Kommission – Rat („Umweltrahmenbeschluss“), Slg 2005 I-7879.

Bereich des Strafrechtes bejaht wurde, so müsse dies umso mehr für die gelindere, zivilrechtliche Sanktionsfolge gelten.²⁰³ Daher bestehe im Rahmen von Art 83 Abs 1 eine Annexkompetenz der Gemeinschaft zum Erlass all jener wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen, die erforderlich sind, um die volle Wirksamkeit des Wettbewerbs zu gewährleisten. Eine gemeinschaftsrechtliche Umsetzung der im Grünbuch vorgeschlagenen Maßnahmen wäre also durch Art 83 Abs 1 EGV gedeckt.

(2) Art 65 lit c EGV

Alternativ zu Art 83 Abs 1 EGV soll nun Art 65 lit c EGV als mögliche Kompetenzgrundlage geprüft werden. Art 65 lit c EGV dient der „Beseitigung der Hindernisse für eine reibungslose Abwicklung von Zivilverfahren“. Strittig ist das Erfordernis der „grenzüberschreitenden Verfahrensaspekte“. Die Kommission ist der Ansicht, dass sich der Artikel umfassend als Rechtsgrundlage der Vereinheitlichung des Zivilverfahrens und auch für die Harmonisierung reiner Inlandssachen heranziehen lässt. Das Kriterium des Auslandsbezugs wäre demnach unterhalb der Schwelle des Binnenmarktbezugs anzusetzen und müsse nicht ohne weiteres für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts notwendig sein. Gerechtfertigt wird dies mit der Einheitlichkeit des Zivilrechtsraums.²⁰⁴

Die hL lehnt diese Ansicht jedoch mit der Begründung, Art 65 lit c EGV könne nicht zur flächendeckenden Vereinheitlichung der nationalen Zivilverfahrensrechte herangezogen werden, sondern diene lediglich dazu, Parteien im grenzüberschreitenden Zivilverfahren den Zugang zu den Gerichten der anderen Mitgliedstaaten zu vereinfachen, ab.²⁰⁵ Es gehe daher primär um Fragen wie Prozesskostensicherheit, Prozesskostenhilfe, grenzüberschreitende

²⁰³ *Jaeger*, Gemeinschaftskompetenz „private enforcement“? Zur Zulässigkeit einer Harmonisierung der Zivilrechtsdurchsetzung des Wettbewerbsrechts, JBl 2007,349 (360).

²⁰⁴ Vorschlag für eine VO zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, KOM (2005) 87 endg, Pkt 2.2.1..

²⁰⁵ So *Leible* in *Streinz*, Art 65, Rz18; *Tarko* in *Mayer*, Art 65, Rz 68; *Wiedmann* in *Schwarze*, Art 65, Rz 17; *Schmahl* in *von der Groeben/Schwarze*, Art 65, Rz 8; *Heß*, Die „Europäisierung des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag – Chancen und Gefahren, NJW 2000, 23, 29; *Staudinger/Leible*, Art 65 EGV im System der EG-Kompetenzen, The European Legal Forum 4-2000/01, 225, 228; *Besse*, Die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Vertrag von Amsterdam und das EuGVÜ, ZeuP 1999, 107, 116 f; aA *Brechmann* in *Calliess/Ruffert*, Art 65, Rz 9; *Eilmansberger*, Schadenersatz, aaO, Pkt II.

Mahnverfahren etc. Auch sei diese Auslegung wegen ihrer fehlenden Überprüfbarkeit durch Gemeinschaftsgerichte zu ausufernd.²⁰⁶

Im Grün- und Weißbuch werden Maßnahmen vorgeschlagen, die in den einzelnen Mitgliedstaaten Vorschriften zur erleichterten Durchsetzung von Schadenersatzklagen wegen Wettbewerbsverstößen implementieren sollen. Es handelt sich also nicht um Vorschriften des grenzüberschreitenden Zivilrechts. Nach Ansicht der hL bietet Art 65 lit c EGV daher keine Kompetenzgrundlage. Nach Ansicht der Kommission wäre im vorliegenden Fall ein Auslandsbezug gegeben, weil die Einführung der Verfahrensvorschriften in allen Mitgliedstaaten zu gleichen Bedingungen in Bezug auf die Durchsetzung von Schadenersatzklagen beiträgt. Die Maßnahmen könnten daher nach dieser Ansicht auf Art 83 Abs 1 iVm 65 lit c EGV gestützt werden.

(3) Art 95 EGV

Als Kompetenzgrundlage kommt weiters Art 95 EGV in Betracht, der die Harmonisierungskompetenz für „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften (für) das Funktionieren des Binnenmarkts“ enthält. Da Art 95 EGV Maßnahmen zur Verwirklichung der Grundfreiheiten umfasst und das Wettbewerbskapitel zu den Binnenmarktvorschriften im weiteren Sinn zählt, kommt diese Vorschrift als Kompetenzgrundlage in Betracht. Art 95 EGV gilt aber unstrittig gegenüber anderen spezielleren Ermächtigungen nur subsidiär.²⁰⁷ Für Harmonisierungen der Wettbewerbspolitik ist primär Art 83 EGV heranzuziehen. Eine kumulative Anwendung der beiden Artikel wäre nur bei gleichrangigem Verfolgen mehrerer Binnenmarktziele möglich. Da die Maßnahmen der Kommission der Verbesserung der Wirksamkeit der Wettbewerbsvorschriften dient, scheidet eine kumulative Anwendung aus. Art 95 EGV kann daher als Kompetenzgrundlage für die Maßnahmen des Grünbuchs nicht herangezogen werden.

(4) Art 308 EGV

²⁰⁶ Jaeger, aaO, 349.

²⁰⁷ Vgl stellvertretend für viele *Piepkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in *von der Groeben/Schwarze*, Art 95, Rz 47 ff.

Sieht der Vertrag für einen der in Artt 3 und 4 EGV genannten Bereichen kein spezielles Rechtssetzungsinstrument vor und ist eine Befugnis für die Erreichung eines vom Vertrag festgelegten Ziele notwendig, kommt Art 308 EGV eine Lückenschließungskompetenz zu. Umfasst sollen jene Fälle sein, in denen den Gemeinschaftsorganen durch spezifische Bestimmungen des Vertrages ausdrücklich oder implizit verliehene Befugnisse fehlen und gleichwohl Befugnisse erforderlich erscheinen, damit die Gemeinschaft ihre Aufgaben im Hinblick auf die Erreichung eines der vom Vertrag festgelegten Ziele wahrnehmen kann“.²⁰⁸ Die Praxis hat gezeigt, dass (entgegen dem Wortlaut der Bestimmung) Art 308 EGV neben Art 83 EGV angewendet werden kann.²⁰⁹

Als Ergänzungsnorm kann Art 308 EGV daher, so man eine direkte Anwendbarkeit der jeweiligen Artikel verneint, im Zusammenhang mit Art 83 EGV und im Zusammenhang mit Art 65 lit c EGV herangezogen werden.

Da 308 EGV schon in der Vergangenheit als Rechtsgrundlage für Rechtsakte mit Zivilrechtsbezug²¹⁰ diente, ist anzunehmen dass dieser Norm auch Eingriffe in das nationale Zivilrecht zugemessen werden können. Nach Ansicht des EuGH ist Art 308 EGV gerade dann heranzuziehen, wenn nicht bloß heterogene Rechtsvorschriften vereinheitlicht, sondern eigenständige Rechtsnormen geschaffen werden sollen.²¹¹ Insoweit die Kommission eine partielle Überlagerung der bestehenden Schadenersatzrechte für den besonderen Fall des Schadenersatzrechts wegen EG-Wettbewerbsverletzungen erwägt, wäre dies der Fall.

c. Subsidiarität

Können „die Ziele der in Betracht genommenen Maßnahmen (...) besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden“²¹², ist die Umsetzung dieser Maßnahmen auf

²⁰⁸ GA 2/94, Beitritt der Gemeinschaft zur EMRK, Lsg 1996 I-1759, Rz 29.

²⁰⁹ Als Kompetenzgrundlagen dienten die beiden Art bei VO 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 1989 L 257, 1 und VO 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 2004 L 24, 1.

²¹⁰ RL 2004/80/EG, ABl 2004 L 261, 15; VO 1435/2003, ABl 2003 L 207, 1; VO 2157/2001, ABl 2001 L 294, 1; VO 40/94, ABl 1994 L 11, 1; VO 2100/94, ABl 1994 L 227, 1; VO 6/2002, ABl 2002 L 3, 1.

²¹¹ Rs. C-436/03, Parlament- Rat („SCE“), Urteil vom 2.6.2006, noch nicht in Slg veröffentlicht, Rz 44.

²¹² Art 5 UA 2 EGV.

Gemeinschaftsebene zulässig. Nach diesem Subsidiaritätsprinzip ist also für die Prüfung der Handlungsfähigkeit auf europäischer Ebene nicht nur die Kompetenzgrundlage, sondern auch zu prüfen, ob die Maßnahme bessere Wirkung durch innerstaatliche oder gemeinschaftliche Gesetzgebung entfaltet.

Obwohl bislang noch kein auf die Verletzung des Subsidiaritätsprinzips gestütztes Vorbringen zur Aufhebung einer Gemeinschaftsmaßnahme geführt hat, handelt es sich bei dieser notwendigen Voraussetzung nicht (wie oft kritisiert) um eine zahnlose Regelung. Die Rechtsschutzfunktion entfaltet sich schon durch die Begründungspflicht der Gemeinschaftsorgane. Diese müssen darlegen, warum eine Harmonisierung durch sie ausgeübt werden soll.²¹³ Hier ist allerdings kein strenger Maßstab anzulegen, weil sich die Begründung nur auf eine Prognose stützen kann, die natürlich Unsicherheiten beinhaltet. Einer genauen Überprüfung durch das Gericht kann eine solche Prognose schon begrifflich nicht wirksam unterzogen werden.

Für die Bewertung der Maßnahmen des Grünbuchs ist also zu fragen, ob ein klarer Wirkungsgewinn aus einer europaweiten Maßnahme zu erwarten ist. Aus dem Grünbuch ergibt sich, dass Ziel der Harmonisierung nicht die Vereinheitlichung verschiedener Rechtssysteme, sondern die Beseitigung der Lücken der einzelnen Schadenersatzsysteme der verschiedenen Mitgliedstaaten ist.²¹⁴ Die Defizite resultieren daher nicht aus verbundenen horizontalen Normdifferenzen (dh, zwei Normen regeln denselben Sachverhalt verschieden, wobei ein Rechtsunterworfener im Rahmen einer Handlung beiden Normen unterliegen kann), sondern aus dem nicht verbundenen vertikalen Systemaufbau (dh, Systeme desselben Regelungskomplexes sind nach unterschiedlichen Grundsätzen aufgebaut, wobei ein Rechtsunterworfener im Rahmen einer Handlung nicht zugleich beiden Systemen unterliegen kann). Ein Wirkungsgewinn muss sich daher gegenüber nationalen Regelungen ergeben, die diese Lücken schließen wollen.

Im vorliegenden Fall resultiert ein Mehrwert daher nicht schon allein aus der Beseitigung der Unterschiede der verschiedenen Rechtsordnungen selbst. Vielmehr müsste die Gemeinschaftsmaßnahme in allen Punkten vorteilhafter sein, als alle jeweiligen Normen der

²¹³ Siehe dazu oben „Der Fall British American Tobacco“; Rs. C-110/03, Belgien – Kommission, Slg 2005 I-2801, Rz 58; Rs T-65/98, Van den Bergh Foods, Slg 2003 II-4653, Rz 197 f.

²¹⁴ Grünbuch Punkt 1.2.

Mitgliedstaaten. Schließlich muss die Vorteilhaftigkeit der Gemeinschaftsmaßnahme mit der nationalen Maßnahme jedes einzelnen Systems verglichen werden. Nach dem Subsidiaritätsprinzip reicht deshalb eine Durchschnittsbetrachtung mit dem Ergebnis, dass der Standard der bestehenden Systeme wegen der Gemeinschaftsmaßnahme gehoben wurde, nicht aus.

Geht man davon aus, dass das bestehende österreichische Schadenersatzsystem den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen weitgehend entspricht, ist die Prüfung der Einführung von Mindeststandards geboten. So käme es lediglich zu einer Teilharmonisierung der formellen und materiellen Schadenersatznormen.²¹⁵ Dadurch entfallen nur jene nationale Vorschriften, die den Standards nicht entsprechen, allfällige günstigere Bestimmungen blieben unberührt. Es handelt sich dabei um eine „sanftere“ Art der Harmonisierung, weil in bestehende Systeme nur insoweit eingegriffen wird, als sie nicht die Mindeststandards erfüllen. Es käme dann nicht zu einem kompletten Bruch mit bestehenden nationalen Systemen.

Angewandt wurde diese Form der Harmonisierung jüngst mit der RL 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums.²¹⁶ In Art 2 Abs 1 der RL wurde eine Generalklausel mit der Formulierung „unbeschadet etwaiger Instrumente in den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft oder Mitgliedstaaten, die für die Rechtsinhaber günstiger sind,...“ gewählt. In Ahnlehnung an diese Formulierung könnte man das Wort „Rechtsinhaber“ mit dem Wort „Kläger“ austauschen.

Die bereits zu einer Mindestklausel geäußerten Bedenken²¹⁷, können mE nicht geteilt werden. Zum einen ist die Abgrenzung zwischen der RL und nationalen Gesetzen auch bei einer Mindestklausel klar ersichtlich und führt bei der Rechtsanwendung zu keinerlei Problemen. Schließlich ist es am nationalen Gesetzgeber, die RL durch Änderung bzw Schaffung von

²¹⁵ Vgl zur Unterscheidung von abschließender und teilweiser Harmonisierung zB *Leible* in *Streinz*, Art 95 Rz 39 ff; *Eilmansberger*, Beschränkungen umweltpolitischer Kompetenzen Österreichs im Falle eines Beitritts zu Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, ZfV 1991, 105.

²¹⁶ ABl 2004 L 157, 45; *Dreier*, Ausgleich, Abschreckung und andere Rechtsfolgen von Urheberrechtsverletzungen – Erste Gedanken zur EU-Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum, GRURInt 2004, 706; *Peukert/Kur*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in deutsches Recht, GRURInt 2006, 292.

²¹⁷ *Jaeger*, aaO, 367.

Regelungen umzusetzen. Nur bei nicht fristgerechter Umsetzung kann in bestimmten Fällen eine RL direkt angewendet werden. Auch in diesen Fällen ist mE die Abgrenzung des Anwendungsbereiches unproblematisch. Dort wo die nationalen Regelungen dem Begünstigten (in unserem Fall dem Kläger) ein bestimmtes Recht, das nach der RL gewährt wird, nicht einräumen, kommt es zur Anwendung der RL. Zum anderen ist dem Argument, eine pauschale Privilegierung der Kläger führe zu missbräuchlicher Rechtsverfolgung, zu entgegnen, dass die Frage der Privilegierung eine dem Grünbuch zugrunde liegende rechtspolitische Entscheidung darstellt. Das gesamte Grünbuch zielt im Wesentlichen darauf ab, die Durchsetzbarkeit privater Ansprüche wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrecht durch eine Verbesserung der Stellung des Klägers zu forcieren. Eine Besserstellung des Klägers abzulehnen bedeutet daher das gesamte Ziel des Grünbuchs abzulehnen. Zuletzt sei auch angemerkt, dass die Tatsache, dass das Grünbuch zahlreiche Vorschläge enthält, die auf den ersten Blick nur entweder umgesetzt, oder nicht umgesetzt werden können (passing on defense, Beweislastverteilung, etc) keineswegs eine Harmonisierung durch Mindeststandards behindern. Es wäre durchaus möglich im Wege einer Richtlinie Maßnahmen, die einen Mindeststandard darstellen sollen, näher zu umschreiben und das unzulässige minus und das zulässige plus zu definieren.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass es entweder einer genauen Begründung bedarf, warum eine Vollharmonisierung durch den Gemeinschaftsgesetzgeber in jedem einzelnen Mitgliedstaat sinnvoll ist, oder eine Teilharmonisierung durch RL mit Mindeststandards eingeführt werden können, damit das Prinzip der Subsidiarität gewahrt wird.

d. Verhältnismäßigkeit

Nach Art 5 UA 3 EGV ist es Voraussetzung für jede Gemeinschaftsmaßnahme, dass sie nicht über das für die Erreichung der Ziele des Vertrags erforderliche Maß hinausgehen (Verhältnismäßigkeitsprinzip). Es ist dabei die Art (Auswahl der Handlungsform) und der Umfang (Reichweite, Harmonisierungsmethode) auf deren Verhältnismäßigkeit zu überprüfen. „Dabei ist, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen; ferner müssen die verursachten Nachteile in angemessenem

Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen“.²¹⁸ Das Ermessen, das den Gemeinschaftsorganen bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit zusteht, variiert je nach Sachgebiet und Regelungszusammenhang.²¹⁹ Bei Maßnahmen zur Errichtung eines wirksamen Sanktionssystems²²⁰ und für wirtschaftsbezogene Maßnahmen²²¹ generell haben Organe nach hL einen eher weiten Ermessensspielraum. Es kommt auf die Verhältnismäßigkeit in Bezug auf das jeweilige Gemeinschaftsziel an. Sinn und Zweck der Regelung ist, dieses Ziel mit dem für den einzelnen Mitgliedstaat gelindeste Mittel zu erreichen und dessen Regelungskompetenz möglichst wenig auszuhöhlen.

Über eine genaue Umsetzung der Maßnahmen des Grünbuchs, insbesondere ob diese auf EU-Ebene oder auf Ebene der Mitgliedstaaten umgesetzt werden sollen, wurde derzeit noch nicht endgültig entschieden.²²² Das Weißbuch schlägt konkret die Einführung von Mindeststandards vor. Zu entscheiden ist daher zum einen über die Breite der Vereinheitlichung und zum anderen über die Form der Umsetzung (RL, VO oder Empfehlung).

Zur Umsetzung im Wege einer Verordnung ist bezüglich der Verhältnismäßigkeit festzuhalten, dass diese bestehende, gegenüber der Gemeinschaftsmaßnahme zumindest gleich effiziente Bestandteile des materiellen und formellen Schadenersatzrechts in den Mitgliedstaaten nicht berücksichtigen. Da es somit möglich ist, dass eine bestehende mitgliedstaatliche Rechtsnorm durch eine weniger oder lediglich gleich wirksame Gemeinschaftsnorm für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts ersetzt wird, wäre die Umsetzung im Wege einer Verordnung problematisch. Eine Umsetzung durch Empfehlung ist mE nicht ausreichend, um eine vollständige Anpassung der mitgliedstaatlichen Schadenersatzsysteme zu gewährleisten. Zu groß wäre mE der innerstaatliche Druck, die Empfehlung, die keine Umsetzungspflicht beinhaltet, nicht umzusetzen. Daher ist mE eine Umsetzung in Form einer RL wohl der sinnvollste. Hier würden die bereits bestehenden staatlichen Regelungen überprüft und ein Eingriff müsste nur dort vorgenommen werden, wo er erforderlich ist. Insoweit stellt die RL das gelindeste Mittel der Umsetzung dar. Nicht zuletzt deshalb wurde dieser Weg auch bei der Umsetzung der RL zur Durchsetzung der

²¹⁸ Rs C-189/01, Jippes, Slg 2001 I-5689, Rz 81.

²¹⁹ Rs C-189/01, Jippes, Slg 2001 I-5689, Rz 82.

²²⁰ Schwarze, Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuZW 2001, 261, 266.

²²¹ Kingreen, Die Gemeinschaftsgrundrechte, JuS 2000, 857, 863.

²²² Pressemitteilung vom 21.12.2005, MEMO/05/489, 2.

Rechte des geistigen Eigentums gewählt. Optimal wäre mE eine Teilharmonisierung durch Schaffung von Mindeststandards, weil für den Kläger günstigere mitgliedstaatliche Regelungen dadurch nicht berührt würden und dies somit das gelindeste Mittel wäre.

e. Zusammenfassende Bewertung

Aus dem oben gesagten ergibt sich, dass die Umsetzung der Vorschläge der Kommission auf europäischer Ebene mit gewissen Vorbehalten zulässig ist. Als Rechtserzeugungsnormen dient entweder Art 83 Abs 1 EGV, auf deren stillschweigenden Annexkompetenz die Maßnahmen gestützt werden können. Alternativ oder kumulativ zu Art 83 Abs 1 EGV können die Maßnahmen auf Art 308 EGV gestützt werden. Die in Art 5 UA 1 EGV geforderte Kompetenz der Gemeinschaft zur Harmonisierung ist damit gegeben.

Auch das Subsidiaritätsprinzip steht einer gemeinschaftsrechtlichen Umsetzung grundsätzlich nicht entgegen. Allerdings müsste der Wirksamkeitserfolg bezüglich jeder mitgliedstaatlichen Rechtsordnung argumentiert werden. Bei Mitgliedstaaten die bereits jetzt die Anforderungen der Gemeinschaft zur Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen aus dem Wettbewerbsrecht erfüllen wäre dieses Kriterium wohl nicht erfüllt. In Anbetracht dessen stellt die sinnvollste Form der Umsetzung jene der Mindestharmonisierung dar.

Verhältnismäßig wäre die Umsetzung dann, wenn dabei das gelindeste Mittel verwendet würde. Daher scheiden mE die Formen der Verordnung und der Empfehlung aus. Innerhalb der Umsetzung im Wege einer RL wäre wohl auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit eine Mindestharmonisierung empfehlenswert. Der Vorschlag des Weißbuchs, eine Mindestharmonisierung zu wählen, wird daher nach der hier vertretenen Auffassung begrüßt.

8. Zusammenfassende Bewertung und Stellungnahme zum Grün- und Weißbuch

ME kann Private Enforcement nicht isoliert betrachtet und diskutiert werden. Es ist immer auch der Kontext der anderen prozessualen Möglichkeiten zu beachten. **Public und Private Enforcement** haben unterschiedliche Möglichkeiten und sollten deshalb jene Ziele verfolgen,

für deren Erreichung sie am besten geeignet sind. ME ist die private Rechtsdurchsetzung nicht dazu geeignet, Kartellverstöße aufzudecken. Wie im Ashurst Report schon bemerkt, stößt man dabei auf zahlreiche Schwierigkeiten, wie die schwierige Beweisbarkeit der Verletzung und die Problematik der Offenlegung von Dokumenten. Es ist äußerst schwierig, prozessuale Regeln zu finden, bei denen alle Seiten gerecht behandelt werden und jeglicher Missbrauch ausgeschlossen ist. Beispielsweise kann zwar eine Regelung bezüglich einer umfassenden Pflicht des Beklagten zur Gewährung von Einsicht in alle Dokumente erlassen werden. Damit wäre die Beweisbarkeit von Verletzungen deutlich erleichtert. Es wäre aber nur allzu verlockend für Konkurrenten, dieses Recht zur Erlangung von Geschäftsgeheimnissen zu missbrauchen. Wettbewerbsbehörden hingegen besitzen weitreichende Ermittlungsbefugnisse, die es ihnen erlauben, Wettbewerbsverstöße rasch festzustellen. Aufgrund der Pflicht zur Verschwiegenheit kann hier kein Missbrauch stattfinden.

Angesichts der Tatsache, dass sich sogar Wettbewerbsbehörden bei der Aufdeckung von Verstößen in den meisten Fällen auf Kronzeugen verlassen müssen, kann mit Fug und Recht davon ausgegangen werden, dass es unrealistisch ist, einen Anstieg an privater Prozessführung ohne vorherige öffentliche Rechtsverfolgung zu erwarten.²²³

Nebenbei geht die Kommission irrtümlich davon aus, dass sich die Ziele der privaten Rechtsdurchsetzung mit jenen des öffentlichen Interesses decken. Dies wird zwar oft der Fall sein, es sind aber auch andere Konstellationen möglich. Bei einer privaten Klage werden negative Effekte auf den Wettbewerb in die Beurteilung nicht miteinbezogen. Bei der öffentlichen Verfolgung ist dies durchaus der Fall.

ME sinnvoller wäre es daher, sich auf die Erleichterung der Durchsetzung durch follow-on Klagen zu konzentrieren.

Ähnlich verhält es sich mit der Abschreckungswirkung. Einer der Vorschläge des Grünbuchs beinhaltet die Einführung von Schadenersatzansprüchen, die über den erlittenen Schaden hinausgehen. Solche **punitive damages** nach amerikanischem Vorbild sollen für Unternehmen abschreckend wirken. Dies widerspricht aber dem europäischen System des Schadenersatzes als bloßen Ausgleich für erlittene Beeinträchtigungen. Die Verhängung von

²²³ Siehe dazu auch *Maier/Werner*, aaO.

Strafe und die Berechnung der Höhe nach dem Unwertgehalt sowie nach Aspekten der General- und Spezialprävention obliegen lediglich Gerichten für Strafsachen. Es käme hier zu einer Durchbrechung des Prinzips der Trennung von Zivil- und Strafgerichtsbarkeit. Setzt man keine fixen Faktoren fest, müsste zudem ein Zivilrichter zusätzlich zur Höhe des Schadenersatzes auch die Höhe der Strafe bestimmen.

Ein System der punitive damages widerspricht auch dem aus den natürlichen Rechtsgrundsätzen abgeleiteten Prinzip des Schadenersatzrechts, wonach der Geschädigte keinen Vorteil aus der Schädigung ziehen soll. Nebenbei hätte das Beibehalten des einfachen Ersatzes für erlittene Schäden den Vorteil, dass keine fundamentalen Änderungen in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten durchgeführt werden müssten.

Es ist sehr zu begrüßen, dass die Kommission die Vorschläge des Grünbuchs bezüglich Mehrfach- und Strafschadenersatzleistungen nicht übernommen hat und die Abschreckungswirkung im Weißbuch eine eher untergeordnete Rolle spielt.

Sinnvoll wäre daher mE, für eine höhere Abschreckungswirkung (wieder) einen eigenen strafrechtlichen Tatbestand vorzusehen bzw eine erhöhte Abschreckung durch verstärkte Sanktion durch Bußgelder zu erzielen.

Als weiteres großes Hindernis für die private Durchsetzung kann die bestehende **unsichere Rechtslage** genannt werden. Nach Angaben von in der Kartellrechtspraxis tätigen Kanzleien scheuen Parteien vor allem aufgrund des Kostenrisikos, das sich aus der Rechtsunsicherheit ergibt, eine Prozessführung.²²⁴ Es sei deshalb erforderlich, Klarheit in Bezug auf die Anwendbarkeit von Bestimmungen zu schaffen. Dies würde die Situation aller Parteien und konsequenterweise auch den Status des Private Enforcement verbessern.

Diese Überlegungen und Denkansätze wirken sich insbesondere auf die Fragen der double damages, der passing-on defense und der Disclosure Problematik aus. Um anders als in den Vereinigten Staaten eine Wettbewerbskultur und keine Prozessführungskultur zu schaffen, ist es notwendig, die dortigen Fehler und Exzesse zu vermeiden.

²²⁴ Siehe beispielsweise *Freshfields/Bruckhaus/Deringer*, Response to Commission of the European Communities Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, 6.

Zum einen muss deshalb das **Kostenrisiko** des Klägers gemindert werden. Es herrscht allgemeiner Konsens darüber, dass das Kostenrisiko eines der größten Hindernisse für die private Rechtsdurchsetzung von Schadenersatzklagen wegen Kartellrechtsverletzungen darstellt. Bei offensichtlich unbegründeten Klagen und übertrieben unvernünftigem Verhalten des Klägers soll dieser die Kosten des Verfahrens tragen.

Zum anderen müssen sicherlich **klarere Regeln bezüglich der Bestimmung der Schadenshöhe** geschaffen werden. Das derzeitige System mit der Vielzahl an möglichen Berechnungsmethoden führt zu einer völlig inakzeptablen Rechtsunsicherheit und damit zu einem weiteren Hindernis auf dem Weg zu einer erfolgreichen Durchsetzung.

Weiters sollte das Prinzip gelten, dass jede Partei berechtigt ist, den beweisbaren Schaden der Verletzung einzuklagen. Daraus resultiert die Zulässigkeit der Aktivlegitimation für den indirekten Käufer, der passing-on defense und die Möglichkeit einer erleichterten Verbraucherklage.

Es besteht mE vor allem die Gefahr, dass man unter dem Deckmantel des Verbraucherschutzes versucht Effektivitätsprobleme der öffentlichen Durchsetzung durch die Stärkung von Private Enforcement zu lösen. Dieser Ansatz ist von Grund auf verfehlt und zum Scheitern verurteilt. Beispielsweise schaffte es keine der Regulationsbehörden des Office of Fair Trading in Großbritannien auch nur eine Verletzung des Wettbewerbsrechtes in über fünf Jahren festzustellen. Der Gedanke des Private Enforcement stellt eine wichtige Ergänzung zur Verfolgung durch die Wettbewerbsbehörden dar. ME soll die private Rechtsdurchsetzung aber lediglich einen Ausgleich für den erlittenen Schaden darstellen. Für die Abschreckungswirkung durch Strafen ist auch weiterhin die öffentliche Durchsetzung gefordert. Ein Abschieben dieser Kompetenzen auf die private Seite kann deshalb nicht funktionieren, weil aufgrund der weitreichenden Ermittlungsbefugnisse der Wettbewerbsbehörden ein Großteil der Wettbewerbsverletzungen nach wie vor durch diese aufgedeckt werden wird.

Besondere Vorsicht ist bei der Schaffung eines Sonderschadenersatzrechtes geboten, insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass sich die Probleme, die sich aus der privaten

Rechtsdurchsetzung eines Verstoßes gegen das Kartellrecht nicht wesentlich von jenen Problemen unterscheiden, die beispielsweise bei der Prozessführung aufgrund von Verstößen gegen Umweltschutzauflagen oder aufgrund von Produkthaftungsregeln auftreten. Jede Änderung im Kartellrechtsbereich sollte deshalb im Kontext des gesamten Prozessrechts sorgfältig überlegt werden.

Oft kritisiert wird, dass sich die Vorschläge des Grünbuches lediglich auf hard-core Kartelle beziehen sollen. Gerade in diesem Bereich sind die nationalen Wettbewerbsbehörden sehr aktiv. Eine private Klage wird also in den meisten Fällen eine follow-on Klage sein. Neben der Bindungswirkung für Behördenentscheidungen sind aber hier keine weiteren Verbesserungen notwendig. Vielmehr bedürfte es Verbesserungen bei den stand-alone Klagen, die in den meisten Fällen im Bereich der nicht hard-core Kartelle eingebracht werden, weil gerade in diesem Bereich nationale Wettbewerbsbehörden weniger aktiv sind.

Auch eine Sonderbehandlung gegenüber anderen privaten Klagen im Bereich des Wettbewerbsrechts scheint nicht gerechtfertigt. Es sollte beachtet werden, dass oft dieselben Probleme, wie der Zugang zu Beweismitteln, auch in anderen privaten Klagen wie auf Unterlassung, auf Lieferung, Zulassung zu einem Vertriebssystem oder die Feststellungsklage auf Ungültigkeit einer kartellrechtswidrigen Handlung auftreten. Eine objektive Rechtfertigung für diese Sonderstellung lässt sich mE nicht finden. ME sollten sich daher die Maßnahmen der Kommission auf sämtliche privaten Klagen beziehen.

Abschließend ist zu bemerken, dass durch die Debatte über die private Rechtsdurchsetzung jetzt schon der Erreichung der Ziele des Grünbuchs ein Stück näher gekommen ist: Von Rechtsanwendern aus allen Ländern werden mögliche Lösungen diskutiert, wobei die engen Grenzen der Fachgebiete Prozessrecht, Wettbewerbsrecht und Privatrecht verschwimmen. Schon der öffentliche Diskurs und die mediale Präsenz haben mE einen bedeutenden Beitrag zur Verbesserung der Wettbewerbskultur und damit des Wettbewerbsrechts in Europa geleistet.

IV. SONDERPROBLEMATIKEN

A. Disclosure Problematik

Die Untersuchung einer breiten Palette von Fakten ist regelmäßig für Schadenersatzklagen in Wettbewerbsfällen erforderlich. Da die relevanten Beweise häufig nicht leicht verfügbar sind, stehen private Kläger im Verfahren vor den Kartellbehörden immer wieder vor schier unlösbaren Beweisproblemen. Vor allem die Erbringung des Beweises des Schadenseintritts und der Schadenshöhe stellt sich als schwierig dar. Die Einsichtnahme in Akten ist so eine substantielle Voraussetzung zur faktischen Verwirklichung des Private Enforcement.²²⁵

1. Disclosure Problematik im Europarecht

a. Rechtlicher Rahmen

In Art 255 EGV wird grundsätzlich festgelegt, dass EU-Bürger Anspruch auf Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane haben:

„(1) Jeder Unionsbürger sowie jede natürliche oder juristische Person mit Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat hat das Recht auf Zugang zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission vorbehaltlich der Grundsätze und Bedingungen, die nach den Absätzen 2 und 3 festzulegen sind.

(2) Die allgemeinen Grundsätze und die aufgrund öffentlicher oder privater Interessen geltenden Einschränkungen für die Ausübung dieses Rechts auf Zugang zu Dokumenten werden vom Rat binnen zwei Jahren nach Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam gemäß dem Verfahren des Artikels 251 festgelegt.

...“

In der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (ABl. L 145, S. 43) legt dazu die Grundsätze, Bedingungen und Einschränkungen fest. Diese Verordnung gilt seit dem 3. Dezember 2001. Durch den Beschluss 2001/937/EG, EGKS, Euratom der Kommission vom 5. Dezember 2001 zur

²²⁵ So auch Klauser, Private Enforcement von EU-Kartellrecht, ecolex 2005, 87.

Änderung ihrer Geschäftsordnung (ABl. L 345, S.94) wurde der zuvor geltende Beschluss 94/90/EGKS, EG, Euratom der Kommission vom 8. Februar 1994 über den Zugang der Öffentlichkeit zu den der Kommission vorliegenden Dokumenten (ABl. L 46, S. 58) aufgehoben, der bezüglich der Kommission die Anwendung des Verhaltenskodex für den Zugang der Öffentlichkeit zu Rats- und Kommissionsdokumenten (ABl. 1993, L 340, S.41) sicherstellte. Teilweise wurden die Grundsätze dieses Verhaltenskodex in der Verordnung 1049/2001 übernommen, sodass zur Auslegung der VO auch teilweise Judikatur zum Verhaltenskodex herangezogen werden kann.

Verordnung Nr. 1049/2001 Artikel 2 bestimmt:

„(1) Jeder Unionsbürger sowie jede natürliche oder juristische Person mit Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat hat vorbehaltlich der in dieser Verordnung festgelegten Grundsätze, Bedingungen und Einschränkungen ein Recht auf Zugang zu Dokumenten der Organe.

...

(3) Diese Verordnung gilt für alle Dokumente eines Organs, das heißt Dokumente aus allen Tätigkeitsbereichen der Union, die von dem Organ erstellt wurden oder bei ihm eingegangen sind und sich in seinem Besitz befinden.

...“

Bezüglich der Ausnahmen vom Zugangsrecht bestimmt Art 4 der VO:

„(1) Die Organe verweigern den Zugang zu einem Dokument, durch dessen Verbreitung Folgendes beeinträchtigt würde:

...

b) der Schutz der Privatsphäre und der Integrität des Einzelnen, insbesondere gemäß den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft über den Schutz personenbezogener Daten.

(2) Die Organe verweigern den Zugang zu einem Dokument, durch dessen Verbreitung Folgendes beeinträchtigt würde:

- der Schutz der geschäftlichen Interessen einer natürlichen oder juristischen Person, einschließlich des geistigen Eigentums,*
 - der Schutz von Gerichtsverfahren und der Rechtsberatung,*
 - der Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten,*
- es sei denn, es besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung.“*

Laut den Begründungserwägungen der VO 1049/2001 sollen Entscheidungen möglichst offen und bürgernah getroffen werden, sodass diese VO eine „neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas“ darstellt. Diese erhöhte Transparenz ermögliche eine bessere Beteiligung der Bürger am Entscheidungsprozess und führe daher zu einer größeren Legitimität. Weiters werde dadurch die Verantwortung der Verwaltung gegenüber dem Bürger und die Effizienz gesteigert. Auch sollen die Grundsätze der Demokratie und die Achtung der Grundrechte gestärkt werden. Grundsätzlich sollen alle Dokumente der Organe für die Öffentlichkeit zugänglich sein. Besonders Dokumente, bei denen die Organe als Gesetzgeber tätig sind, sollen im größtmöglichen Umfang direkt zugänglich gemacht werden.

b. Das Grünbuch der Kommission

Die Kommission erkennt diese Problematik im Grünbuch und prüft, ob die Verpflichtung zur Aushändigung von Dokumenten oder anderweitigen Zurverfügungstellung von Beweisen eingeführt werden sollte. Besonders bei eigenständigen Klagen ist das von essentieller Bedeutung. Auch wird eine Verwendung von Beweismaterial, das einer Wettbewerbsbehörde vorgelegt wurde, angedacht. Es würden daher entweder die Wettbewerbsbehörde oder der Beklagte verpflichtet, dieses Material herauszugeben. In diesem Zusammenhang könnte auch die Umkehr der Beweislast erwogen werden.

(1) Besondere Regeln für die Offenlegung von Urkundsbeweisen

Im Grünbuch werden mehrere Möglichkeiten angedacht. Zum einen besteht die Möglichkeit ein nach amerikanischen Vorbild eingerichtetes „fact pleading“ einzuführen. Sobald eine Partei die relevanten Fakten des Falls detailliert dargelegt und die ihr mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Beweise zur Untermauerung ihrer Anschuldigungen unterbreitet hat, sollte eine Offenlegung vom Gericht angeordnet werden. Diese sollte sich auf relevante und mit zumutbarem Aufwand ermittelte einzelne Dokumente begrenzen.

Alternativ dazu wird erwogen, die bestehenden Offenlegungsregeln dahingehend zu erweitern, dass für bestimmte Arten von Dokumenten eine vom Gericht angeordnete Zwangsoffenlegung möglich sei. Diese fände dann unter der Aufsicht des Gerichts statt.

Nach einer anderen Option wäre jede Partei verpflichtet, an alle weiteren Parteien eine Liste von relevanten Dokumenten zu übermitteln, die zu ihrer Verfügung stehen. Für diese Dokumente wäre sodann Einsicht zu gewähren, außer das Gericht ist überzeugt, dass die Offenlegung der bereitstellenden Partei unzumutbaren Schaden zufügen würde.

Als Sanktion für die Vernichtung von Beweisen könnten Geldbußen oder strafrechtliche Folgen vorgesehen werden. Als Maßstab für den relevanten Zeitpunkt müsste dabei die Antizipation eines Verfahrens herangezogen werden.

Zuletzt könnte ein Gericht die Aufbewahrung von Beweisen anordnen, die für einen nachfolgenden Prozess relevant sind. Um diese Maßnahme möglichst effektiv und zumutbar zu gestalten, müsste die verletzte Partei jedoch ihr mit zumutbarem Aufwand zugängliche Beweise vorlegen um die Zuwiderhandlung zumindest glaubhaft zu machen.

(2) Besondere Regeln für Dokumente, die sich im Besitz einer Wettbewerbsbehörde befinden

In Betracht kommt die Einführung der Verpflichtung jeder an den Verfahren vor einer Wettbewerbsbehörde beteiligten Partei, einem Prozessführer im Zivilprozess alle Dokumente auszuhändigen, die bei der Behörde eingereicht worden sind, mit Ausnahme von Anträgen auf Anwendung der Kronzeugenregelung. Bei Fragen im Zusammenhang mit der Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen und anderer vertraulicher Informationen sowie den Verteidigungsrechten fände das Recht des Gerichtsstandes – das Recht des zuständigen Gerichts – Anwendung.

Bezüglich dem Zugriff nationaler Gerichte auf Dokumente, die sich im Besitz der Kommission befinden ist anzumerken, dass bereits umfangreiche Judikatur besteht.²²⁶ Grundsätzlich muss die Kommission möglichst umfassend Akteneinsicht gewähren. Sie kann

²²⁶ Siehe dazu ausführlicher unter „Rechtssprechung zur Disclosure Problematik“.

die Einsicht aber verweigern, wenn die Interessen der Gemeinschaft beeinträchtigt werden, wenn das Funktionieren der Institutionen gefährdet ist, oder wenn nicht gewährleistet ist, dass die Informationen vertraulich behandelt werden können.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie nationale Gerichte die Vertraulichkeit der zur Verfügung gestellten Dokumente gewährleisten können und in welchen Fällen die nationalen Gerichte die Kommission um Informationen ersuchen würden, die auch von den Parteien geliefert werden könnten. Zu diesen von der Kommission aufgeworfenen Fragen finden sich im Grün- und Weißbuch keine Lösungsvorschläge, sodass sie lediglich als Diskussionsgrundlage in die weitere Debatte Eingang finden werden.

(3) Milderung der Beweislast des Klägers

In Betracht kommt eine Bindungswirkung der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde, in der ein Verstoß festgestellt wurde für Zivilgerichte. Eine Entscheidung der Kommission, mit der diese einen Verstoß gegen Art 81 oder Art 82 EGV feststellt, gilt nach stRsp des EuGH und gem Art 16 Abs 1 VO 1/2003 in Schadenersatzverfahren als verbindlicher Beweis. Entscheidungen nationaler Wettbewerbsbehörden in denen ein solcher Verstoß festgestellt wird, haben hingegen nur in einigen Mitgliedstaaten vergleichbare Rechtswirkungen.

Alternativ dazu könnte bei einer solchen Entscheidung nur eine Beweislastumkehr stattfinden. Diese Option kommt nur bei follow-on Klagen in Betracht. Gem Art 2 VO 1/2003, der die Beweislast für alle Verfahren nach Art 81 und 82 EGV geregelt werden, muss jede Partei das beweisen, was sie behauptet.

Eine Möglichkeit für stand-alone Klagen wäre die Umkehr oder Einschränkung der Beweislast in Fällen von Informationsasymmetrie zwischen Kläger und Beklagten. Kumulativ könnte die ungerechtfertigte Weigerung einer Partei, Beweise auszuhändigen einen Einfluss auf die Beweislast haben. In erster Linie könnte sie eine widerlegbare oder unwiderlegbare Beweisvermutung oder aber für das Gericht lediglich die Möglichkeit begründen, diese Weigerung bei der Würdigung der Beweislage zu berücksichtigen.

c. Das Weißbuch der Kommission

Die Kommission schlägt im Weißbuch vor, dass Gerichte befugt sein sollen, Prozessparteien oder Dritte anzuweisen, genau bezeichnete Kategorien von relevanten Beweismitteln offenzulegen. Voraussetzung für einen solchen Offenlegungsbeschluss wäre, dass aufgrund der vom Kläger vorgelegten Beweise und vorgebrachten Tatsachen ein Wettbewerbsverstoß plausibel erscheint, die Beibringung anderer Beweise durch den Kläger nicht zumutbar ist, die Kategorien von Beweismitteln genau genug bezeichnet wurden und die Offenlegung für die Klage erheblich, erforderlich und verhältnismäßig ist. Es soll ein „angemessener Schutz“ für Unternehmenserklärungen im Rahmen von Kronzeugenprogrammen gewährleistet werden. Auch sollen Gerichte befugt sein, Sanktionen im Falle der Verweigerung der Offenlegung oder der Vernichtung der Beweise zu verhängen.

Für eine Offenlegung sind daher drei Kriterien zu erfüllen. Die Offenlegung muss erheblich, erforderlich und verhältnismäßig sein. Die ersten beiden Kriterien werden in der Praxis wohl kein bedeutendes Hindernis darstellen. Schließlich braucht der Kläger lediglich seinen Schadenersatzanspruch behaupten und einen Beweisnotstand überzeugend darlegen. Damit wäre die Offenlegung erheblich und erforderlich.²²⁷ Somit bleibt in der Praxis die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Hier sollen die mit der Offenlegung verbundenen Belastungen, das Klagebegehren, die Rechtsverletzung und die Frage, ob der Adressat der Offenlegung der Beklagte oder ein Dritter ist zu beachten sein.

Darüber hinaus müssen die Kategorien von Beweismitteln genau genug bezeichnet werden. Da die österreichische ZPO lediglich fünf Arten von Beweismitteln kennt²²⁸, von denen lediglich drei – nämlich die Parteienvernehmung, der Urkundenbeweis und der Augenschein – in Betracht kommen, werden Geschädigte für alle diese Kategorien Offenlegung begehren.

d. Rechtsprechung zur Disclosure Problematik im Europarecht

²²⁷ So auch *Potyka*, Offenlegung von Beweismitteln im Weissbuch Wettbewerbsrecht – „Discovery“ ante portas?, OZK 2008/3, 92.

²²⁸ Zur Frage, ob es auch „neue“ Beweismittel gibt, s. *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO Vor §292 Rz 2 ff.

(1) Der Fall Denkavit²²⁹

Die Vorgeschichte zu diesem Fall ist, dass 1997 in verschiedenen Gebieten der Niederlande Fälle von Schweinepest auftraten. Am 3.3.1997 wurde von der Kommission die Verordnung (EG) Nr. 413/97 erlassen, durch die die niederländischen Behörden zur Gewährung von Beihilfen ermächtigt wurde, die zu 70% aus dem Haushalt der Gemeinschaften gezahlt wurden. Dadurch sollte der Schweinemarkt in den Niederlanden gestützt werden.

Nach einer der Kontrollen, die von der Kommission 1997 durchgeführt wurde, wurde ein Bericht verfasst, in dem Erkenntnisse und Vorschläge der Inspektionsgruppe zusammengefasst wurden.²³⁰

Gestützt auf die Entscheidung 90/424 und insbesondere auf deren Artikel 3 erließ die Kommission am 15.12.1997 die Entscheidung 98/25/EG über eine Finanzhilfe der Gemeinschaft zur Tilgung der klassischen Schweinepest in den Niederlanden.²³¹

Die Klägerin beantragte am 7.8.1998 bei der Kommission, ihr den Inspektionsbericht zugänglich zu machen. Da diese nicht reagierte, richtete sie ein weiteres Schreiben an den Generalsekretär der Kommission.

Der Generalsekretär lehnte ihren Antrag mit der Begründung ab, dass öffentliche Interessen beeinträchtigt werden könnten, da die Inspektionstätigkeit noch nicht beendet sei und das Klima des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Niederlanden und der Kommission nicht zerstört werden sollte. Darüber hinaus könnten Geschäftsgeheimnisse publik gemacht werden, zumal der Bericht einschlägige Informationen über namentlich genannte Betriebe enthalte.

Am 21.1.1999 erhob die Klägerin Klage beim Europäischen Gerichtshof, in der sie beantragte, die Entscheidung der Kommission für nichtig zu erklären. Sie machte einerseits eine Verletzung des Beschlusses 94/90 und Art 190 EGV (jetzt Art 253) geltend.

²²⁹ EuG, T-20/99 vom 13.9.2000 - Denkavit Nederland BV/Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Slg. 2000/II-03011.

²³⁰ „Bericht über den Inspektionsbesuch – Der Kampf gegen die klassische Schweinepest in den Niederlanden im Jahr 1997 – Überprüfung der Ausgaben im Rahmen der Kontrollen der technischen und finanziellen Durchführung“.

²³¹ ABl. 1998, L 8, S. 28.

Im Beschluss 94/90²³² wurde ein gemeinsamer Verhaltenskodex²³³ für den Zugang der Öffentlichkeit zu Rats- und Kommissionsdokumenten förmlich angenommen. Durch den Beschluss 2001/937/EG, EGKS, Euratom der Kommission vom 5.12.2001 zur Änderung ihrer Geschäftsordnung²³⁴ wurde der Beschluss 94/90 aufgehoben. Mit der Verordnung 1049/2001 wurde jedoch der wesentliche Inhalt des Kodex übernommen.

Wie in der Verordnung 1049/2001 wird im Verhaltenskodex der Grundsatz aufgestellt, dass die Öffentlichkeit möglichst umfassenden Zugang zu den Dokumenten der Kommission und des Rates erhalten soll. Als Ausnahmen des umfassenden Zugangs werden der Schutz des öffentlichen Interesses (öffentliche Sicherheit, internationale Beziehungen, Währungsstabilität, Rechtspflege, Inspektionstätigkeiten), der Schutz des Einzelnen und der Privatsphäre, der Schutz des Geschäfts und Industriegeheimnisses, der Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft, die Wahrung der Vertraulichkeit und die Geheimhaltung der Beratungen eines Organs genannt.

Zu dem ersten Grund zur Heranziehung der Ausnahme des Schutzes des öffentlichen Interesses - man dürfe das Klima des gegenseitigen Vertrauens zu den Niederlanden während der laufenden Inspektion nicht gefährden - brachte die Klägerin vor, dass die Inspektionen bereits abgelaufen waren, sodass keine Gespräche mehr mit den Niederlanden stattgefunden hätten.

Zum zweiten angeführten Grund zur Heranziehung der Ausnahme – die Gefahr der Beeinträchtigung eines etwaigen Gerichtsverfahrens – argumentierte die Klägerin, dass dieser nicht stichhaltig war, da der Mitgliedstaat bereits im Besitz eines Inspektionsberichts sei und allgemein bekannt sei, dass es zwischen dem Mitgliedstaat und der Kommission Meinungsverschiedenheiten gebe.

Schließlich wurde angeführt, dass Sinn und Zweck des laufenden Verfahrens nicht die Ahndung von Verstößen von Privatpersonen sei.

²³² Beschluss 94/90 EGKS, EG, Euratom über den Zugang der Öffentlichkeit zu den der Kommission vorliegenden Dokumenten, ABl. L 46, S.58.

²³³ ABl. L 340, S 41.

²³⁴ Abl. L 345, S. 94.

Bezüglich des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen brachte die Klägerin vor, dass der Inspektionsbericht keine derartigen Angaben enthalten könne, da es sich lediglich um die Überprüfung von Maßnahmen der niederländischen Behörden handle. Falls das Gericht doch zu dem Schluss komme, es befinden sich in dem Bericht Geschäftsgeheimnisse, so reiche das Unkenntlichmachen der Namen der Betriebe aus, um sie zu wahren.

Die Kommission brachte zum Schutze des öffentlichen Interesses hervor, dass das begehrte Dokument im direkten Zusammenhang mit einer Inspektionstätigkeit der Kommission zur Frage der ordnungsgemäßen Durchführung von Gesundheitsmaßnahmen stehe, die zum Erlass einer Entscheidung über die Übernahme der Ausgaben durch den Gemeinschaftshaushalt oder zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens führen könnte. Es sei daher von enormer Wichtigkeit, dass der störungsfreie Ablauf des Verfahrens gewährleistet werde. Weiters gehe es bei den in der angefochtenen Entscheidung erwähnten möglichen Verstößen um Verstöße der Niederlande, aber auch einzelner Privatpersonen im Zusammenhang mit in den Betrieben getroffenen Maßnahmen. Die Verbreitung könnte somit den Erlass von Maßnahmen niederländischer Behörden, sowie den Ablauf nationaler Verfahren beeinträchtigen.

Bezüglich der Ausnahme aufgrund der möglichen Verbreitung von Geschäftsgeheimnissen führte die Kommission an, dass sich im Bericht geschäftliche Daten namentlich genannter Betriebe befinden und die Heranziehung dieser Ausnahme daher gerechtfertigt sei.

Das Gericht entschied erstmals, dass es grundsätzlich zwei Ausnahmen vom Recht auf Zugang zu Dokumenten der Kommission gebe. Die erste Gruppe umfasst die sogenannten „zwingenden Ausnahmen“, mit denen Interessen Dritter oder der Allgemeinheit geschützt werden sollen. Die zweite Gruppe bezieht sich auf die internen Beratungen des Organs, die sich nur auf dessen Interessen auswirken können.²³⁵

Die Kommission kann sich zugleich auf eine Ausnahme der ersten und eine Ausnahme der zweiten Gruppe berufen, um den Zugang zu Dokumenten zu verweigern, die sich in ihrem Besitz befinden. Sie kann sich aber auch auf mehrere Ausnahmen der ersten Gruppe berufen.

²³⁵ Siehe auch Rechtssache T-105/95 vom 5.3.1997 (Urteil WWF/Kommission, Slg. 1997, II-313).

Es ist nämlich nicht auszuschließen, dass die Verbreitung bestimmter Dokumente sowohl das öffentliche Interesse als auch spezielle Interessen Dritter beeinträchtigen könnte.

Im vorliegenden Fall hat die Kommission zwei zwingende Ausnahmen herangezogen, wobei die eine den Schutz des öffentlichen Interesses und die andere den Schutz des Geschäftsgeheimnisses betrifft.

Das Gericht entschied im vorliegenden Fall, dass die Klage abzuweisen sei, weil im Falle einer Zugänglichmachung öffentliche Interessen beeinträchtigt würden. Zwar reiche der bloße Wortlaut, wonach Inspektionstätigkeiten vom allgemeinen Zugang der Öffentlichkeit ausgeschlossen sind, nicht aus, weil jede Ausnahme eng auszulegen und anzuwenden sei.²³⁶ Das Verfahren, in dessen Rahmen die Inspektion stattfand, sei jedoch noch nicht beendet gewesen, als am 17.11.1998 die angefochtene Entscheidung erlassen wurde. Es sei zwar ein erster Vorschuss gewährt worden, die Inspektionstätigkeiten in Bezug auf die veterinärrechtlichen Vorschriften der Gemeinschaft und die Voraussetzungen der Bedingungen einer Finanzhilfe seien noch in vollem Gange gewesen. Um einen störungsfreien Ablauf zu gewährleisten, habe der Bericht nicht verbreitet werden können. Da das Vorliegen eines der Ausnahmetatbestände ausreicht, war die Prüfung des Vorliegens der Ausnahme, die den Schutz des Geschäftsgeheimnisses betrifft, nicht mehr erforderlich.

Besonders hervorzuheben bei diesem Fall ist, dass ausdrücklich festgestellt wurde, dass es grundsätzlich zwei Gruppen von Ausnahmen vom Zugang der Öffentlichkeit gibt. Die erste, bindend formulierte Gruppe umfasst die „zwingenden Ausnahmen“, mit denen die Interessen Dritter oder der Allgemeinheit geschützt werden sollen. Die zweite, fakultativ formulierte Gruppe bezieht sich auf die internen Beratungen des Organs, die sich nur auf dessen Interessen auswirken können.

Dass sich die Kommission zugleich auf eine Ausnahme der ersten und eine Ausnahme aus der zweiten Gruppe berufen kann, um den Zugang zu Dokumenten zu verweigern, liegt dagegen auf der Hand und ist die diesbezügliche Bestätigung in der Entscheidung keine Überraschung.

²³⁶ Siehe auch Urteil des Gerichtshofes vom 11.1.2000 in der Rechtssache C-174/98 P, Niederlande und Van der Wal/Kommission, Slg. 2000, I-0000, Randnr. 27.

(2) Der Fall British American Tobacco²³⁷

Die Klägerin (British American Tobacco International (Investments) Ltd) gehört zum Konzern British American Tobacco mit Sitz im Vereinten Königreich und führte expandierten Tabak in andere Mitgliedstaaten der Gemeinschaft aus.

Sie erfuhr 1998 über britische Behörden von Auszügen eines Protokolls einer Sitzung des Verbrauchsteuerausschusses vom 7. und 8. Oktober 1997, aus dem sich ergab, dass expandierter Tabak dem Rauchtabak bezüglich der Verbrauchsteuer gleichgestellt werden muss.²³⁸

Die Klägerin verlangte daher bei der Kommission, dass die Frage der steuerlichen Regelung für expandierten Tabak erneut durch den Ausschuss geprüft und im entgegengesetzten Sinn entschieden werde.

Die Kommission teilte mit, dass die Frage der Besteuerung von expandiertem Tabak nochmals aufgeworfen habe, die Mitglieder des Ausschusses aber eine erneute Erörterung abgelehnt und ihre Position bestätigt hätten. Daraufhin beantragte die Klägerin auf Grundlage des Beschlusses 94/90 bei der Kommission Zugang zu den Protokollen der Sitzungen des Verbrauchsteuerausschusses, soweit diese sich auf die fragliche Besteuerung bezogen hätten.

Der Antrag wurde durch die Generaldirektion „Steuern und Zollunion“ und den Generalsekretärs der Kommission aus Gründen der Vertraulichkeit gegenüber der juristischen Person, die die Information zur Verfügung gestellt hatte und wegen des Interesses des Organs an der Geheimhaltung seiner Beratungen abgelehnt. Während dem Verfahren entschloss sich die Kommission der Klägerin Zugang zu einer nicht vertraulichen Fassung der Dokumente, in welcher nicht offenbart wurde, welche Vertretung welche Stellungnahme abgegeben hatte, zu gewähren.

²³⁷ Urteil des Gerichts erster Instanz vom 10.10.2001 in der Rechtssache T-111/00, British American Tobacco International (Investments) Ltd gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Slg. 2001, II-02997.

²³⁸ Art 5 Nummer 1 der RL 95/59/EG des Rates vom 27.11.1995 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer, ABl. L 291, S. 40.

Die Klägerin argumentierte jedoch, dass bei der in Beschluss 94/90 geforderten Interessenabwägung ihre Interessen eindeutig überwiegen. Ihr Interesse an den Positionen der einzelnen Vertretungen gründe sich auf die erheblichen nationalen Unterschiede in der Behandlung von expandierten Tabak durch die Zollbehörden. Da die Konsequenzen dieser Ungleichbehandlung für Sie kostspielig sei, mache es Sinn den genauen Standpunkt der betroffenen Mitgliedstaaten zu kennen, um effektiv bilaterale Verhandlungen zu führen. Die Redlichkeit der Debatten und der offene freie Diskussionsverlauf werde durch die Kenntnis der von den Mitgliedern des Ausschusses vertretenen Positionen nicht beeinträchtigt, sondern im Gegenteil dadurch erst gewährleistet.

Zuletzt stützte sich die Klägerin in ihrer Argumentation auf das Urteil des Gerichts vom 19. Oktober 1995 in der Rechtssache T-194/94, Carvel und Guardian Newspapers/Rat, Slg.1995, II-2765. Demnach sei es rechtmäßig, von einem Organ zu verlangen, dass es die von den nationalen Vertretungen im Verlauf der Beratungen abgegebenen Stellungnahmen offen legt.

Die Kommission trug vor, dass sich aus der Klagsschrift ergebe, dass das Ziel der Klägerin die bloße Kenntnis vom Inhalt der Diskussion war. Sie habe im schriftlichen Verfahren sogar selbst betont, dass der teilweise Zugang zu den Dokumenten eine zufriedenstellende Lösung sein könnte. Darüber hinaus wisse die Klägerin aus ihrer Tätigkeit, bei welchen Mitgliedstaaten sie besondere Anforderungen bei den Zollbehörden zu gewärtigen habe. Sie habe daher schon Kenntnis über die beantragte Information. Bezüglich der Interessenabwägung betonte die Kommission, dass es in ihrem Interesse liege, dass die Erörterungen zwischen den Mitgliedstaaten offen, redlich und erschöpfend seien. Die fraglichen Dokumente sind Protokolle der Sitzungen, die als schlichtes Diskussionsforum anzusehen sind. Somit würde umso mehr der ordnungsgemäße Verlauf der Beratungen gefährdet.

Nach Ansicht des Gerichts reicht der bloße Umstand, dass die fraglichen Dokumente Bezug auf Beratungen des Ausschusses haben, nicht aus, um die Anwendung der Ausnahme zu rechtfertigen. Schließlich ist nach geltender Rechtsprechung eine Ausnahme vom Zugang der

Öffentlichkeit zu Dokumenten der Kommission eng auszulegen und anzuwenden.²³⁹ Vielmehr verfüge die Kommission bei der Anwendung der fakultativen Ausnahme über einen Ermessensspielraum, bei dem sie das Interesse des Bürgers einerseits und Interesse an der Geheimhaltung andererseits gegeneinander abwägen müsse.²⁴⁰

Grundsätzlich könne jedermann ohne Begründung den Zugang zu einem nicht öffentlichen Dokument beantragen.²⁴¹ Somit könne man der Behörde keinen Vorwurf machen, wenn sie bei der Abwägung der Interessen nicht das Interesse des Antragstellers berücksichtigt.

Im vorliegenden Fall habe die Kommission allerdings die Ziele, die die Klägerin verfolgt, gekannt. Aus den Akten ergäbe sich das Ziel ihren Standpunkt zu der Entscheidung einiger Mitgliedstaaten geltend zu machen, expandierten Tabak wie Rauchtabak zu besteuern. Das Interesse der Klägerin zu erfahren, welche Vertretung welchen Standpunkt geäußert hatte, sei offensichtlich gewesen.

Das Argument, die Klägerin kenne bereits die Standpunkte der Staaten aus den Praktiken einzelner Behörden sei unzutreffend. Das Interesse der Klägerin an den förmlichen Stellungnahmen werde nicht dadurch geschmälert, dass sie Kenntnis von den Staaten mit besonderen Anforderungen seitens der Zollbehörden habe. Außerdem stelle dieses Argument lediglich die Vertraulichkeit, nicht aber das Interesse der Klägerin in Frage.

Auch würde es es dem Verhaltenskodex widersprechen, der durch Beschluss 94/90 angenommen wurde (sowie jetzt Verordnung 1049/2001), würde man grundsätzlich den Zugang zu Dokumenten mit dem Hinweis verweigern, dass dies dem offenen, redlichen und erschöpfenden Charakter der Diskussion gefährden könnte. Laut dem Verhaltenskodex müsse nämlich eine Interessenabwägung geschehen, welche bei einer grundsätzlichen Ablehnung zu Dokumenten eines Organs nicht geschehe.

Gewichte man die Interessen im Hinblick auf den Inhalt des fraglichen Dokuments, so könne man feststellen, dass diese Protokolle Beratungen betreffen, die (im Unterschied zu dem Fall

²³⁹ Urteil des Gerichtshofes vom 11.1.2000 in den Rechtssachen C-174/98 P und C-189/98 P, Niederlande und Van der Wal/Kommission, Slg. 2000, I-1, Randnr. 27, und Urteil des Gerichts vom 13.9.2000 in der Rechtssache T-20/99, Denavit Nederland /Kommission, Slg. 2000, II-3011, Randnr. 45 (siehe oben).

²⁴⁰ So auch in Urteil WWF UK/Kommission, Randnr. 59.

²⁴¹ So auch in Urteil Svenska Journalistförbundet/Rat, Randnr. 65.

Denkavit Nederland/Kommission) zum Zeitpunkt der Einreichung des Antrags der Klägerin abgeschlossen waren. Somit könne die Bekanntgabe der Identität der Vertretungen nicht mehr die effektive Stellungnahme der Mitgliedstaaten zur Besteuerung von expandiertem Tabak beeinträchtigen. Wägt man unter diesen Umständen das Interesse der Klägerin gegen jenes der Kommission ab, so müsse man zu dem Ergebnis kommen, dass die Wahrung des Beratungsgeheimnisses in diesem Fall nicht gerechtfertigt sei.

Wichtig festzuhalten ist bei diesem Fall, dass ausdrücklich ausgesprochen wurde, dass die Ausnahmen vom Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu Dokumenten eng auszulegen und anzuwenden sind.

Zu betonen ist auch, dass der Kommission bei der Anwendung der Ausnahmen ein Ermessen zugestanden wird, bei dem sie das Interesse des Bürgers am Zugang gegen ihr eigenes Geheimhaltungsinteresse abwägen muss. Schließlich sei nochmals darauf hingewiesen, dass die Begründung, ein Dokument enthalte Stellungnahmen der Vertreter der Mitgliedstaaten über Drittstaaten, gegen dieses Ermessen verstößt.

(3) Der Fall Kuijer ²⁴²

Der Kläger Aldo Kuijer lehrte und forschte an einer Hochschule auf dem Gebiet des Asyl- und Einwanderungsrechts. Er beantragte beim Generalsekretär des Rates Zugang zu Dokumenten, die mit der Tätigkeit des Informations-, Reflexions- und Austauschzentrums für Asylfragen (CIREA) in Zusammenhang standen. Einerseits handelte es sich dabei um vom CIREA erstellte oder dem CIREA übermittelte Berichte, andererseits um eine Liste der Kontaktpersonen, die in den Mitgliedstaaten mit Asylanträgen befasst waren.

Der Generalsekretär und nach dem Zweit Antrag auch der Rat lehnten dieses Begehren im wesentlichen mit der Begründung ab, dass die Verbreitung den Schutz Einzelner und die Beziehung zu den in den Berichten genannten Drittstaaten gefährden könnte. Darüber hinaus

²⁴² Urteil des Gerichts erster Instanz vom 7.2.2002 in der Rechtssache T-211/00, Aldo Kuijer gegen Rat der Europäischen Union, Slg. 2002, II-00485.

gefährde die Veröffentlichung der Kontaktpersonen die operationelle Leistungsfähigkeit der Verwaltung der Mitgliedstaaten.

Mit Urteil vom 6.4.2000²⁴³ erklärte das Gericht die Entscheidung für nichtig, weil die Begründungserfordernisse des Art 253 EGV nicht erfüllt worden waren und der Rat es abgelehnt hatte, für Passagen der Dokumente, für die die angeführten Ausnahmen vom allgemeinen öffentlichen Zugangsrecht nicht anwendbar sind, zu verbreiten.

In der Entscheidung vom 5.6.2000 führte der Rat aus, dass alle Berichte gemeinsame Merkmale aufwiesen, die eine einheitliche Beurteilung rechtfertigen. Da sie Angaben über die Lage und den Schutz der Menschenrechte enthielten, deren Bewertung als Kritik an den genannten Ländern aufgefasst werden konnte, seien sie geeignet die Beziehungen zu diesen Ländern zu gefährden. Die Beurteilung einer Weitergabe dieser Informationen falle im übrigen in die politische Zuständigkeit des Rates. Mit Ausnahme der Liste der Kontaktpersonen ohne Namen, Telefon und Faxnummer, die dem Kläger bereits zugesandt worden war, konnte nach Ansicht des Rates keines dieser Dokumente veröffentlicht werden. Genauere Informationen über die Personen, die die in den Dokumenten enthaltenen Informationen geliefert hatten, könnten nicht weitergegeben werden, weil dies die betreffenden Personen in den Ländern gefährden könnte.

Das Gericht entschied zugunsten des Klägers. Dem Rat komme in seiner Entscheidung, ob der öffentliche Zugang zu einem Dokument die öffentlichen Interessen beeinträchtigen, ein Ermessensspielraum zu. Das Gericht habe daher zu prüfen gehabt, ob die Verfahrensregeln eingehalten wurden, der Sachverhalt zutrifft und kein Ermessensmissbrauch vorliegt.

Das öffentliche Zugänglichmachen stelle die Regel dar, von der nur bei Vorliegen einer Ausnahme gemäß Artikel 4 des Beschlusses 93/731 abgegangen werden könne. Diese Ausnahmen seien eng auszulegen.²⁴⁴ Eine dieser Ausnahmen sei die potentielle Beeinträchtigung von öffentlichen Interessen. Allerdings müsse diese Beeinträchtigung absehbar und nicht rein hypothetisch sein. Diese Beeinträchtigung müsse für jedes einzelne

²⁴³ Urteil vom 6. April 2000 in der Rechtssache T-188/98 (Kuijer/Rat, Slg. 2000, II-1959).

²⁴⁴ So auch EuGH vom 17.6.1998 in der Rechtssache T-174/95, Svenska Journalistförbundet/Rat, Slg. 1998, II-2289, Randnr. 110 und vom 5.3.1997 in der Rechtssache T-105/95, WWF UK/Kommission, Slg. 1997, II-313, Randnr. 56.

Dokument geprüft werden. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sei auch die Möglichkeit eines teilweisen Zugangs zu prüfen.

Im vorliegenden Fall sei der teilweise Zugang nicht geprüft worden. Die vom Rat genannten gemeinsamen Merkmale, die es erlauben, die Verbreitung der Dokumente abzulehnen liegen nicht vor. Vielmehr müsse eine genaue Analyse des Inhalts oder Kontexts jedes einzelnen Berichts erfolgen. Daraus müsse sich dann eine konkrete Gefahr für öffentliche Interessen ergeben. Die pauschale Berufung auf öffentliche Interessen reiche also nicht aus.

Inhaltlich werden die internationalen Beziehungen der Union durch die Veröffentlichung der Dokumente nicht berührt. Es handelt sich lediglich um Analysen der politischen, sozialen und wirtschaftlichen Lage und dem Schutz der Menschenrechte. In vielen Fällen seien diese Informationen bereits öffentlich zugänglich. Sie seien auch nicht geeignet, negative Auswirkungen auf die internationalen Beziehungen zu haben, weil die Analysen bereits veraltet seien, die Union bereits selbst über die betreffenden Staaten geäußert habe, oder die Veröffentlichung einer Kritik der Union sonst den Beziehungen nicht schaden können.

Der nach Ansicht des Rates ähnlich gelagerte Fall Hautala könne hier nicht als gültiger Präzedenzfall herangezogen werden, da er anders gelagert sei. Worin der Unterschied bestehe verrät das Gericht nicht.

In einzelnen Fällen sei es zwar angebracht, Passagen vertraulich zu behandeln, ein teilweiser Zugang müsse jedoch auch hier aus Gründen der Verhältnismäßigkeit gewährt werden.

Bemerkenswert ist, dass das Gericht ein klares Schema zur Prüfung der Ausnahme der potentiellen Beeinträchtigung von öffentlichen Interessen vorgibt. Das Gericht hat seine Kontrolle auf die Prüfung zu beschränken, ob die Verfahrensregeln eingehalten wurden, die Begründung ausreichend ist, der Sachverhalt zutrifft und kein Ermessensmissbrauch vorliegt.

Weiters bekennt sich das Gericht klar zur Transparenz der Verwaltung und nennt die stärkere Teilnahme der Bürger an Entscheidungsprozessen, eine größere Legitimität, Effizienz und Verantwortung der Verwaltung gegenüber den Bürgern, die Stärkung des Demokratiegrundsatzes und die Beachtung der Grundrechte als wesentliche Vorteile dieser

Idee. Transparenz wird zur Regel erhoben, von der nur in bestimmten Fällen, die ausführlich begründet werden müssen, abgegangen werden darf.

Die Ausnahmen sind eng auszulegen und daher für jedes Dokument gesondert zu prüfen, ob eine Gefahr für öffentliche Interessen absehbar und nicht rein hypothetisch ist. Bei negativen Informationen oder Aussagen über die politische Lage oder den Menschenrechtsschutz liegt eine Ausnahme nicht automatisch vor. Es müssen vielmehr besondere Umstände bei jedem einzelnen Dokument vorliegen.

Ausdrücklich hingewiesen wird in diesem Urteil auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Liegt eine Ausnahme von der Zugänglichmachung vor, muss ein teilweiser Zugang geprüft werden. Eine Befreiung von dieser Verpflichtung kommt nur in Betracht, wenn die Verwaltung durch das Unkenntlichmachen der nicht verbreitbaren Stellen in besonderem Maße belastet würde. Mit dieser Auslegung legt der Gerichtshof die Schwelle für das Nichtgewähren eines zumindest teilweisen Zugangs sehr hoch und unterstreicht damit die Wichtigkeit des Transparenzgebotes innerhalb der Union.

(4) Der Fall Lombard-Club ²⁴⁵

Vorgeschichte dieses Rechtsstreits ist, dass die Kommission am 11.6.2002 in der Entscheidung 2004/138/EG feststellte, dass acht österreichische Banken jahrelang in nahezu ganz Österreich ein Kartell („Lombard-Club“) betrieben hatten.²⁴⁶ Die Banken hatten im Rahmen dieses Kartells Einlagen- und Kreditzinssätze gemeinsam festgelegt.

Daraufhin führte der Verein für Konsumenteninformation (VKI) gegen die BAWAG mehrere Zivilprozesse vor österreichischen Gerichten. Dabei wurde geltend gemacht, dass die BAWAG ihren Kunden für variabel verzinsten Kredite jahrelang überhöhte Zinsen berechnet habe.

²⁴⁵ Urteil des Gerichts vom 13.4.2005 in der Rechtssache T-2/03, Verein für Konsumenteninformation gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Lombard-Club).

²⁴⁶ Siehe dazu auch Musterprozesse zum „Lombard-Club“-Kartell-Fall, VRInfo 2002 H7,1.

Um einen Schadenersatzanspruch erfolgreich geltend machen und konkrete Prozessbehauptungen aufstellen zu können, beantragte der VKI bei der Kommission am 14.6.2002 Akteneinsicht betreffend der Entscheidung Lombard-Club. Er stützte sich auf Artikel 255 Absätze 1 und 2 EGV, die Verordnung Nr. 1049/2001, die Durchführungsbestimmungen zu dieser Verordnung, Artikel 42 der am 7.12.2000 in Nizza proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. C 364, S.1) sowie auf Artikel 5 und 10 EGV.

Die Kommission lehnte den Antrag des Klägers ab. Die 47000 Seiten enthaltende Akte wurde in elf Kategorien geteilt und es wurde begründet, warum jede dieser Kategorien unter eine oder mehrere Ausnahmetatbestände der Verordnung Nr. 1049/2001 fällt. Bezüglich der Interessenabwägung habe der Kläger kein überwiegendes öffentliches Interesse geltend gemacht, welches die Akteneinsicht rechtfertigen könne. Die Gewährung eines teilweisen Zugangs sei nicht möglich, weil die Prüfung jedes einzelnen Dokuments eine unangemessene und unverhältnismäßige Arbeitslast verursachen würde.

Der Kläger argumentierte, dass nur konkrete, auf einzelne Dokumente bezogene Umstände eine Ausnahme vom Recht auf Dokumentenzugang rechtfertigen. Zumindest ein teilweiser Zugang zu Dokumenten hätte gewährt werden müssen. Die Ausnahmebestimmungen des Art 4 der VO Nr. 1049/2001 sind nicht geprüft worden. Das Streben der Kommission nach Verringerung des Arbeitsaufwandes dürfe nicht dazu führen, dass Verbraucher ihren Anspruch auf Schadenersatz nicht durchsetzen können.

Die Kommission entgegnete, dass das Gericht zuvor bereits festgestellt habe, dass die Kommission berechtigt sei, eine Akte in mehrere Kategorien zu unterteilen und den Zugang jeweils insgesamt zu verweigern, sofern sie die Gründe ihrer Weigerung nenne.²⁴⁷ Innerhalb der Kategorien habe aus Gründen des Umfangs keine Prüfung stattgefunden. Auch bezüglich der Gewährung eines teilweisen Zugangs wendete die Kommission ein, dass diese Prüfung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert hätte. Die Dokument-Kategorien fielen allesamt in eine oder mehrere Ausnahmen, nämlich die potentielle Beeinträchtigung der Inspektions- und Untersuchungstätigkeiten der Kommission, den Schutz der geschäftlichen

²⁴⁷ Urteil des Gerichts vom 5.3.1997 in der Rechtssache T-105/95, WWF UK/Kommission, Slg. 1997, II-313, Randnr. 64.

Interessen, den Schutz von Gerichtsverfahren, den Schutz der Privatsphäre und die Integrität des Einzelnen.

Das Gericht entschied zugunsten des Klägers. Ein Organ, dem ein auf diese Verordnung gestützter Antrag auf Zugang zu Dokumenten vorliegt, sei verpflichtet, diesen Antrag zu prüfen und auf ihn zu antworten und insbesondere zu untersuchen, ob auf die betreffenden Dokumente eine der in der Verordnung genannten Ausnahmen vom Zugangsrecht anwendbar ist. Weiters müsse der Inhalt der beantragten Dokumente konkret und individuell geprüft werden.

Ist jedoch aus den besonderen Umständen des Falles offenkundig, dass der Zugang zu verweigern oder zu gewähren ist, sei eine solche Prüfung entbehrlich. Das könne insbesondere dann der Fall sein, wenn bestimmte Dokumente offenkundig in vollem Umfang von einer Ausnahme erfasst werden. Zu prüfen sei demnach gewesen, ob im vorliegenden Fall die genaue Prüfung entbehrlich war.

Die Kommission hätte keine so allgemeine, sich auf die gesamte Akte Lombard-Club beziehende Feststellung treffen dürfen, ohne zuvor die Dokumente konkret und individuell zu prüfen. Sie habe bei der Teilung des Aktes auf der Grundlage von Vorstellungen gehandelt und sie eher abstrakt vorgenommen. Die Ausführungen der Kommission bleiben in der angefochtenen Entscheidung und in der Klagebeantwortung vage und allgemein. Somit könne nicht davon ausgegangen werden, dass sämtliche im Antrag bezeichneten Dokumente eindeutig von einer Ausnahme erfasst werden. Das Fehlen einer konkreten Prüfung sei daher bei keinem der Dokumente gerechtfertigt. Darüber hinaus werde auch aus der angefochtenen Entscheidung deutlich, dass die geltend gemachten Ausnahmen nicht unbedingt die gesamte Akte, sondern nur bestimmte Abschnitte erfassen. Somit wäre grundsätzlich eine konkrete und individuelle Prüfung vorzunehmen gewesen.

Zum Argument des erheblichen Arbeitsaufwands gemäß Art 6 Abs 3 der VO Nr. 1049/2001 muss angemerkt werden, dass diese Bestimmung eine informelle Beratung mit dem Antragsteller vorsieht, aber keine Regelung vorsieht, die es der Kommission erlaubt, bei Nichteinigung mit dem Antragsteller den Umfang der Prüfung einzuschränken. Dafür hatte die Kommission den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angeführt.

Nach ständiger Rechtsprechung dürfen die Handlungen der Gemeinschaftsorgane nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht die Grenzen dessen überschreiten, was zur Erreichung der verfolgten Ziele geeignet und erforderlich ist. Stehen mehrere Maßnahmen zur Auswahl ist die am wenigsten belastende zu wählen.²⁴⁸ Gerade die Nichtvornahme einer konkreten individuellen Prüfung widerspricht jedoch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, weil gerade eine genaue Prüfung Voraussetzung für die Erreichung des Zieles, nämlich die punktgenaue Anwendung der Ausnahmen ist.

Das Gericht räumte jedoch ein, dass in besonderen Fällen, in denen ein unangemessener Verwaltungsaufwand entstünde, indem der Zugang zu einer offenkundig unangemessen hohen Zahl von Dokumenten beantragt wird, das ordnungsgemäße Funktionieren des Organs ganz erheblich beeinträchtigt werden könnte. Dies könne aber nur die Ausnahme darstellen, weil die Gewährung von Akteneinsicht zu den wesentlichen Pflichten eines Organs gehöre, der Zugang der Öffentlichkeit den Grundsatz und die Ablehnung die Ausnahme darstelle, die Ausnahmen eher eng auszulegen sei, dem Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung widersprechen würde, der Arbeitsaufwand unerheblich sei, wenn es um die Bestimmung des Umfanges des Rechtes der Akteneinsicht gehe und der Arbeitsaufwand nicht von der Seitenanzahl, sondern von der Art der Dokumente abhängen.

Die Beweislast für die Unverhältnismäßigkeit des Arbeitsumfanges trage das Organ. Liege eine solche Unverhältnismäßigkeit vor, müsse das Organ mit dem Antragsteller eine Lösung suchen, wonach die Grenzen dessen, was vernünftigerweise verlangt werden kann, nicht überschritten werden und das Zugangsrecht des Antragstellers bestmöglich gewährleistet ist. Ein Abgehen von einer konkreten und individuellen Prüfung könne nur dann geschehen, wenn alle denkbaren Lösungen untersucht sind und in der Entscheidung eingehend erläutert wurde, warum jede der Lösungen zu einem unverhältnismäßigen Arbeitsaufwand führen würde.

Im vorliegenden Fall liege eine sehr umfangreiche Akte vor, die nur chronologisch geordnet sei, Dokumente Dritter enthalte und Informationen enthalte, die den Schutz der geschäftlichen

²⁴⁸ Urteil des Gerichtshofes vom 5.5.1998 in der Rechtssache C-157/96, National Farmers' Union u.a., Slg. 1998, I-2211, Randnr. 60.

Interessen der Banken beeinträchtigen können. Die Kommission habe es aber verabsäumt zu erläutern, warum die Alternativen zu einer genauen Prüfung einen unverhältnismäßigen Arbeitsaufwand darstellten. Sie habe nicht einmal die Möglichkeiten geprüft, Akteneinsicht möglichst umfangreich zu gewähren und keinen unverhältnismäßigen Arbeitsaufwand zu verursachen. Das Gericht gab der Kommission auch mögliche Alternativen vor. So hätte die Kommission die Banken auffordern können, ihr die Daten der von ihnen übermittelten Dokumente mitzuteilen, so dass sie einige davon leichter in der Akte hätte finden können. Sie hätte die Möglichkeit der Erstellung eines Inhaltsverzeichnisses zumindest prüfen können. Schließlich hätte man die Dokumente, die am ehesten geeignet wären, den Interessen des Klägers zu dienen, identifizieren und prüfen können.

Augenscheinlich manifestiert sich in dieser Entscheidung der Widerspruch in den Aktivitäten der Kommission. Einerseits sollen – ähnlich wie in den USA – durch wettbewerbswidriges Verhalten geschädigte Verbraucher und Unternehmen mit Hilfe privater Schadenersatzklagen gegen am Kartell beteiligte Unternehmen Ersatz für erlittene Nachteile einklagen.²⁴⁹ Andererseits bleibt die Kommission die Antwort schuldig, wie dies in der Praxis möglich sein soll, wenn die Kommission Geschädigten keine Akteneinsicht gewährt.²⁵⁰

Das Urteil des EuGH bedeutet, dass Unternehmen, die gegen Wettbewerbsregeln verstoßen und deren Verstoß durch die Kommission festgestellt wurde, in Zukunft damit rechnen müssen, dass belastende Dokumente Geschädigten offen gelegt werden.²⁵¹

2. Österreichisches Recht

a. Auskunftspflicht der Bundeswettbewerbsbehörde

In Österreich regelt Art 20 Abs 4 B-VG die Verpflichtung von Verwaltungsorganen, über Angelegenheiten ihres Wirkungsbereichs Auskünfte zu erteilen, soweit eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht dem nicht entgegen steht. Demgegenüber regelt Art 20 Abs 3 B-VG die Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit. Nach dem AuskunftspflichtG kann eine

²⁴⁹ Entscheidung EuG 13.4.2005, T-2/03, VRInfo 2005 H 5, 3.

²⁵⁰ Kritisch auch *Eilmansberger*, Die Lombard-Club Entscheidung der Kommission, *ecolx* 2002, 560.

²⁵¹ Lombard-Club-Kartell – Streit um Akteneinsicht, VRInfo 2003 H 2, 2.

Auskunft allgemeiner Natur sein, sie kann aber auch Informationen aus behördlichen Unterlagen oder Verwaltungsverfahrensakten enthalten. Das WettbG enthält diesbezüglich keine Sonderbestimmung in Bezug auf die BWB. Da gemäß Art 20 Abs 3 B-VG die Auskunft „zur Vorbereitung einer Entscheidung“ verweigert werden kann, steht diese Bestimmung wohl einer Auskunft über laufende Ermittlungen oder Verfahren der BWB entgegen. Außer diesem Verweigerungsgrund können lediglich bestimmte öffentliche Interessen oder das überwiegende Interesse einer Partei ins Treffen geführt werden. Da eine wirtschaftliche Beeinträchtigung einer Körperschaft durch das Gewähren von Akteneinsicht nicht ersichtlich ist und auch die übrigen angeführten öffentlichen Interessen nicht anwendbar sind, müsste wohl in der Praxis idR eine Abwägung der Interessen der Kartellanten mit jenen des Antragstellers durchgeführt werden.²⁵²

ME unhaltbar ist die Ansicht, dass der Verweis des § 11 Abs 2 WettbG nicht auch die Regelung des AVG über die Akteneinsicht umfasst und deshalb Dritten die Einsicht in die Akten der BWB verwehrt werden kann. Diese Ansicht übersieht die oben dargestellten gesetzlichen Grundlagen, die sich nicht aus dem AVG, sondern aus dem B-VG und dem AuskunftspflichtG ergeben. Nur so ist es zu erklären, dass von Vertretern dieser Auffassung auf diese Bestimmungen mit keinem Wort eingegangen wird.²⁵³

Nach derzeit gängiger Verwaltungspraxis bei der Bundeswettbewerbsbehörde wird jedoch weder Akteneinsicht noch Auskunft über Akteninhalte gewährt. Dies aus Gründen der Vertraulichkeit und zum Schutze der Geschäftsgeheimnisse. Darüber hinaus ist man der Ansicht, dass diese Vorgehensweise der beste Garant für eine gute Zusammenarbeit mit betroffenen Unternehmen sei.²⁵⁴

b. Rechtslage in Österreich

(1) Offenlegungspflicht von Urkunden für den Gegner

²⁵² So auch *Polster/Zellhofer*, Aktenzugang im Kartellverfahren im Spannungsfeld zwischen Geheimnisschutz und Private Enforcement, OZK 2008/3, 99.

²⁵³ *Bauer/Kitzberger*, Die Verwertung von Kronzeugenanträgen in Schadenersatzprozessen, *ecolex* 2008, 547 (548).

²⁵⁴ Vgl. jüngst *Paulus*, Das Weissbuch der Europäischen Kommission, Teil II: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts (Private Enforcement), OZK 2008/3, 83.

Grundsätzlich wird im Zivilprozess nach österreichischem Recht der Urkundenbeweis durch die Vorlage der Urkunde zur Einsicht durch das Gericht und den Gegner angetreten. Nur Teileinsicht ist zu gewähren, wenn sich die Urkunde nur teilweise auf das streitgegenständliche Rechtsverhältnis bezieht oder – nach einer Meinung in der Literatur – wenn bezüglich nicht entscheidungserhebliche Teile Weigerungsrechte gem § 305 ZPO (zB Geschäftsgeheimnisse) bestehen (§ 298 Abs 1 ZPO).

Dem Gegner kann eine Urkundenvorlage durch das Gericht aufgetragen werden. Der Beweisführer hat eine Abschrift vorzulegen oder sich genau über Inhalt der Urkunde zu äußern (§ 303 ZPO). Weiters sind die Tatsachen anzuführen, die durch die vorzulegende Urkunde bewiesen werden sollen. Auch die Umstände, die den Besitz der Urkunde seitens des Gegners wahrscheinlich machen, sind anzugeben.

Der Gegner darf die Vorlage nicht verweigern, wenn er selbst auf die Urkunde Bezug genommen hat, er nach bürgerlichem Recht zur Ausfolgung der Urkunde verpflichtet ist oder die Urkunde eine gemeinschaftliche (im gemeinsamen Interesse errichtet, gegenseitige Rechtsverhältnisse beurkundet). Diese Voraussetzungen für eine Pflicht zur Urkundenvorlage des Gegners werden idR bei privaten Klagen aufgrund von Wettbewerbsverletzungen nicht erfüllt sein.

Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, kann die Vorlage ua verweigert werden, wenn dadurch ein Kunst- oder Geschäftsgeheimnis verletzt würde (§ 305 Z 4 zweiter Fall ZPO) oder wenn andere gleich gewichtige Gründe für eine Verweigerung der Urkundenvorlage vorhanden sind (§ 305 Z 5 ZPO). In der Regel werden Unterlagen, die für eine zivilrechtliche Klage relevant sein könnten wohl zwangsläufig auch Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Daher wäre der Gegner grundsätzlich nicht zur Herausgabe solcher Urkunden verpflichtet.

Festzuhalten ist daher, dass die Vorschläge des Weißbuchs, die die Vorlage lediglich durch eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit vorsehen, eine gravierende Änderung der Vorlagepflicht nach der österreichischen ZPO bedeuten.

(2) Urkundenvorlage von Dritten und Beischaffung von Akten

Bezüglich der Urkundenvorlage von Dritten normiert die ZPO in § 308, dass das Gericht Dritten auftragen kann, die Urkunde innerhalb einer Frist dem Gericht zu hinterlegen. Zuvor ist der Gegner und der Dritte zu vernehmen. Dies ist jedoch nur möglich, wenn der Dritte zur Herausgabe und Vorlage der Urkunde nach bürgerlichem Recht verpflichtet ist oder es sich bei der Urkunde um eine gemeinschaftliche handelt. Bei Leugnung des Besitzes muss der Antragsteller den Besitz durch den Dritten glaubhaft machen.

Bezüglich der Beischaffung von öffentlichen Urkunden (zB Urkunden aus dem Verfahren vor dem Kartellgericht) ist in § 183 Abs 1 Z 3 und Abs 2 ZPO geregelt, dass die Beischaffung durch den Vorsitzenden (auch amtswegig) erfolgen kann, es sei denn, beide Parteien sprechen sich dagegen aus. Nach §§ 297 und 301 ZPO ist das Beweisthema und die maßgeblichen Stellen der Urkunde bzw des Aktes anzugeben. Der Akt ist daher nicht pauschal zu verlesen.

Das Kartellgesetz 2005 normiert in Bezug auf das für die private Rechtsdurchsetzung wichtige Recht auf Akteneinsicht in § 39 KartG 2005, dass ein Verfahren, das auf Antrag einer Amtspartei eingeleitet worden ist, nur mit Zustimmung der Parteien mit einem anderen Verfahren, das auf Antrag einer Partei, die nicht Amtspartei ist, verbunden werden kann. Weiters können in die Akten des Kartellgerichts am Verfahren nicht als Partei beteiligte Personen nur mit Zustimmung der Parteien Einsicht nehmen. Strittig ist, wie weit dieser Schutz reicht, insbesondere ob in einem nachfolgenden Zivilprozess der Akt des Kartellgerichts beigeschafft werden kann und Einsicht genommen werden darf.

Der Zweck dieser Regelung ist vor allem der Schutz von Geschäftsgeheimnissen der beteiligten Unternehmer. Es soll verhindert werden, dass durch eine Verbindung von Verfahren Konkurrenten ihr Recht zur Antragstellung vor dem Kartellgericht dazu benutzen, um an geheime Informationen zu gelangen. Dies stellte der Gesetzgeber in den Materialien zum KartG unmissverständlich klar. Im Rahmen einer Interessenabwägung ist die Möglichkeit Dritter, Akteneinsicht zu erlangen, um private Ansprüche geltend zu machen, hinanzustellen. Daher erfasst der Geheimnisschutz mE auch die im Akt des Kartellgerichtes befindlichen Urkunden (vorgelegte Privaturkunden, Protokolle über Zeugenaussagen) in einem nachfolgenden Zivilprozess. Andernfalls könnte die Bestimmung des § 39 KartG durch

eine follow-on Klage umgangen werden. Nach der hier vertretenen Ansicht steht daher § 39 KartG einer Beiziehung des kartellgerichtlichen Aktes in einem Zivilprozess entgegen.²⁵⁵

Anderes soll nach Literaturmeinungen für die Aktenübermittlung des kartellgerichtlichen Akts für ein weiteres vor dem Kartellgericht anhängiges Verfahren gelten.²⁵⁶ Dies angeblich wegen dem im kartellgerichtlichen Verfahren geltenden Untersuchungsgrundsatz (§ 16 AußStrG), der Unbeschränktheit der Beweismittel (§ 31 AußStrG) und der Mitwirkungspflicht der Parteien im außerstreitigen Verfahren. Aufgrund des ausdrücklichen Willens des Gesetzgebers, Geschäftsgeheimnisse zu wahren, muss man mE jedoch zu dem Ergebnis kommen, dass auch Verfahren vor dem Kartellgericht vom Schutz des § 39 KartG umfasst sind.²⁵⁷

Gleiches muss mE auch aus den gleichen Gründen für das Verhältnis zwischen § 39 KartG und § 68 StPO gelten. Bei Submissionsabsprachen gem § 168b StGB wäre denkbar, dass Amtsparteien oder das Kartellgericht gem § 78 StPO Anzeige erstatten und gemäß § 76 StPO zur Übermittlung des Aktes verpflichtet sind. Ein Privatbeteiligter hätte in einem Strafverfahren gem § 68 StPO Anspruch auf Akteneinsicht. Nach der hier vertretenen Ansicht werden Geschäftsgeheimnisse nicht durch die bloße Anzeige und Übermittlung des Aktes an eine andere Behörde (die ja ebenfalls zur Verschwiegenheit verpflichtet ist) beeinträchtigt. Der Anspruch des Privatbeteiligten auf Akteneinsicht steht dem Geheimnisschutz aber sehr wohl entgegen. Deswegen ist – um dem Willen des Gesetzgebers Rechnung zu tragen – davon auszugehen, dass § 39 KartG der Anwendung von § 68 StPO, nicht aber der Anwendung der §§ 76 und 78 StPO entgegensteht.²⁵⁸

In den erläuternden Bemerkungen findet sich zwar ein Hinweis auf die Gegenposition von Vertretern von Konsumenteninteressen, wonach eine Akteneinsicht auch im Kartellverfahren zulässig sein soll, damit Beweise für allfällige Schadenersatzprozesse gesammelt werden

²⁵⁵ So auch *Polster/Zellhofer*, Aktenzugang im Kartellverfahren im Spannungsfeld zwischen Geheimnisschutz und Private Enforcement, OZK 2008/3, 99; Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht, Rz 217; nicht weit gehend genug *Bauer/Kitzberger*, Die Verwertung von Kronzeugenanträgen in Schadenersatzprozessen, *ecolx* 2008, 547, die aufgrund der Wertung des Gesetzgebers lediglich die Übermittlung des Kronzeugenantrags an das Zivilgericht unterbinden wollen; aa *Wessely*, Private Enforcement im Interesse von Verbrauchern – Verfahrensrechtliche Fragen, MR 2006, 404, wonach eine Beischafterung vom Wortlaut des § 39 KartG nicht gedeckt ist („Beischafterung ist nicht Akteneinsicht“).

²⁵⁶ *Hoffer*, Kartellgesetz, 277; Solé in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, § 39 KartG, Rz 9 ff.

²⁵⁷ So auch *Polster/Zellhofer*, aaO, die auch für eine Klarstellung des Gesetzgebers plädieren.

²⁵⁸ Offenlassend *Polster/Zellhofer*, aaO.

können. Es wird jedoch lapidar darauf verwiesen, dass „der einzelne Geschädigte als unmittelbar Betroffener in der Regel ohnehin über die notwendigen Informationen verfügen wird, um seine Ansprüche geltend zu machen.“ Woher ein geschädigter Konsument solche Informationen bekommen soll, wird jedoch nicht näher erörtert.

In einem Nachsatz in den EB heißt es weiters: „Nach dem Inkrafttreten des Gesetzes wird jedoch aufmerksam zu beobachten sein, ob durch diese Regelung Defizite im Rechtsschutz entstehen und gegebenenfalls wird das Gesetz zu korrigieren sein; im übrigen ist zu erwarten, dass die EG einschlägige Regelungen erlassen wird, auf die dann Bedacht genommen werden kann.“

(3) Offenlegungspflicht von Augenscheinsgegenständen

In Bezug auf Augenscheinsgegenstände, die sich im Besitz der Gegenpartei, einer öffentlichen Behörde oder eines Notars befinden, wird in § 369 ZPO auf die Regeln über die Verpflichtung zur Vorlage von Urkunden verwiesen. Eine Vorlage von Augenscheinsgegenständen, die sich im Besitz von Dritten befinden, ist in der ZPO im Gegensatz zur Urkundenvorlage nicht vorgesehen. Daraus ergibt sich, dass die Vorschläge des Weißbuchs in Bezug auf die Vorlage von Augenscheinsgegenständen einen noch stärkeren Eingriff in das österreichische Zivilrecht bedeuten.²⁵⁹

(4) Vernehmung der Gegenpartei

Gem § 371 Abs 1 ZPO kann die Parteienvernehmung vom Gericht auch von Amts wegen angeordnet werden. Eine Verpflichtung zur Aussage besteht für Parteien daher. Die ZPO sieht aber keine Möglichkeit zur zwangsweisen Durchsetzung dieser Pflicht vor (§ 380 Abs 3 ZPO). Auch hier bedeuten die Vorschläge des Weißbuchs einen tiefen Einschnitt in das

²⁵⁹ Potyka, Offenlegung von Beweismitteln im Weißbuch Wettbewerbsrecht – „Discovery“ ante portas?, OZK 2008/3, 92.

Zivilrecht, werden doch unter anderem Geld- und Haftstrafen bei Zuwiderhandlung vorgeschlagen.²⁶⁰

3. Recht auf Akteneinsicht vs Kronzeugenprogramm

Insbesondere von Vertretern der Amtsparteien²⁶¹ wird kritisiert, dass ein erleichterter Zugang zu Beweisen, dazu führen könnte, dass Gefahren für die öffentliche Rechtsdurchsetzung berge. So wird befürchtet, dass Unternehmer aus Furcht vor einem gerichtlichem Schadenersatzverfahren Kronzeugenprogramme noch spärlicher als bisher in Anspruch nehmen würden.

Die Kommission lässt die Lösung dieser Frage im Weißbuch offen, wenn sie programmatisch ausführt, dass ein „angemessener Schutz für Unternehmenserklärungen im Rahmen von Kronzeugenprogrammen und für die Untersuchungen von Wettbewerbsbehörden“ gewährleistet werden soll. Offen gelassen wird insbesondere die wichtige Frage, was unter einem „angemessenen Schutz“ zu verstehen ist.

Um eine reibungslose Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden mit Unternehmen zu gewährleisten fordert *Paulus*, dass sämtliche Informationen, die in die Hände der Wettbewerbsbehörden gelangen (insbesondere wenn diese im Rahmen eines Kronzeugenprogramms übergeben wurden) weiterhin geschützt und als vertraulich erachtet werden sowie dass dieser Schutz auch rechtlich verankert wird.²⁶²

*Polster/Zellhofer*²⁶³ schlagen als Kompromisslösung eine Privilegierung der Kronzeugen in Form einer Beschränkung des Aktenzugangs für mögliche zivilrechtliche Kläger vor. Der Kläger hätte also Anspruch auf Akteneinsicht bezüglich der Kartellanten, mit Ausnahme des Kronzeugen. In die gleiche Kerbe schlagen *Bauer/Kitzberger*²⁶⁴, die vorschlagen den Kronzeugenantrag einfach nicht dem zu übersendenden Akt beizuschließen. *Polster/Zellhofer* erkennen aber, dass dies insofern für den Kronzeugen riskant ist, als auch aus den Akten der

²⁶⁰ Vgl. *Potyka*, aaO, 96, der diese Sanktionen ablehnt und die freie Beweiswürdigung als ausreichende Sanktion ansieht.

²⁶¹ Vgl. jüngst *Paulus*, aaO, 85.

²⁶² *Paulus*, aaO 85.

²⁶³ *Polster/Zellhofer*, aaO, 102.

²⁶⁴ *Bauer/Kitzberger*, Die Verwertung von Kronzeugenanträgen in Schadenersatzprozessen, *ecolex* 2008, 547.

übrigen Kartellteilnehmer Beweise für eine zivilrechtliche Haftung des Kronzeugen hervorgehen könnten. Als bessere Lösungen werden daher entweder ein generelles Ausnehmen der Kronzeugen von der zivilrechtlichen und strafrechtlichen Haftung oder eine nicht solidarische Haftung sondern lediglich eine Haftung für Schadenersatzansprüche von direkten und indirekten Vertragspartner vorgeschlagen.

ME ist eine (auch nur teilweise) Befreiung der Kronzeugen von der zivil- und strafrechtlichen Haftung nicht angezeigt. Die Sorge seitens der BWB ist mE in diesem Maße unbegründet. Die Kronzeugenregelung hat für den Kronzeugen den gewichtigen Vorteil, dass er im Idealfall eine Bußgeldbefreiung erhält. Die Schaffung eines weiteren Anreizes ist mE nicht notwendig. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass ein Kartellant nie sicher sein kann, dass nicht ein anderer Kartellant die Chance auf eine Kronzeugenregelung wahrnimmt. In diesem Falle hätte der Unternehmer dann nicht nur eine zivilrechtliche Haftung zu gewärtigen, sondern müsste sich auch mit einer (mitunter empfindlichen) Bußgeldzahlung abfinden.

4. Zusammenfassende Bewertung

ME gibt es gewichtige Gründe, die für eine Änderung der derzeitigen Offenlegungsregelung bei follow-on Klagen sprechen. Unternehmen, die gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen und Konsumenten und Mitbewerber schädigen, sollen damit rechnen müssen, dass private Ansprüche durchgesetzt werden. Wichtig dafür ist, dass Konsumenten und Unternehmen auch zu wichtigen Informationen Zugang haben. Ein normierter Anspruch auf Akteneinsicht führt daher zu einer höheren Wahrscheinlichkeit der positiven Durchsetzung eines privatrechtlichen Anspruches. Dies führt wiederum zu einer erhöhten Rechtstreue die in einem faireren Wettbewerb resultiert. Dass der einzelne Geschädigte ohnehin über die notwendigen Urkunden für den Beweis seines Rechtsstandpunktes verfügt, ist mE eine grobe Fehleinschätzung bzw Scheinbegründung.

Trotzdem sprechen die besseren Argumente für eine moderate Änderung des derzeitigen Systems. Zum einen ist nicht einzusehen, warum Unternehmen wichtige Geschäftsgeheimnisse preisgeben müssen, nur weil sie vor einem Zivilgericht geklagt wurden. Der Schaden, der aus einer solchen Offenlegung resultieren kann, könnte österreichische Unternehmer wirtschaftlich ruinieren.

ME besteht die optimale Lösung des Problems in einer Regelung nach dem Vorbild von § 305 ZPO. Demnach wäre das Bestehen eines Geheimhaltungsinteresses jeweils nachzuweisen und das Gericht könnte im Einzelfall darüber entscheiden. Eine Bescheinigung hätte für jede einzelne Urkunde bzw Aktenbestandteil zu erfolgen. Somit wäre gewährleistet, dass je nach Einzelfall das Geheimhaltungsinteresse gegen das Offenlegungsinteresse abgewogen wird und unbillige Ergebnisse vermieden werden.²⁶⁵ Nach der hier vertretenen Ansicht wird eine Beischaffung des kartellgerichtlichen Akts im Zivilprozess durch § 39 KartG untersagt. Dies ergibt sich aus dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers, das Recht der betroffenen Unternehmer auf Geheimhaltung über das Recht auf Zugang zu Akten durch Geschädigte zu stellen.²⁶⁶ Nach allgemeinen zivilprozessualen Regeln ist aber der Schutz der Geschäftsgeheimnisse auf ein sachgerechtes Maß reduziert. Es wäre daher mE angebracht, § 39 KartG dahingehend abzuändern, dass ausdrücklich bestimmt wird, dass sich diese Bestimmung nicht auf Zivilprozesse bezieht und die allgemeinen Regeln der ZPO Anwendung finden. Dadurch würden auf der einen Seite Geschäftsgeheimnisse (angemessen) geschützt und auf der anderen Seite würde privaten Geschädigten der Zugang zu wichtigen Beweismitteln erleichtert.

Die Sorge des Gesetzgebers, dass Verfahrensparteien versuchen würden, sich ihrer Auskunftspflicht gem § 11a WettbG zu entziehen, kann für sich allein noch nicht das für die private Rechtsdurchsetzung essentielle Recht auf Akteneinsicht ausschließen. Schließlich steht die Möglichkeit offen, das Auskunftsrecht im Wege eines gerichtlichen Auftrags zur Auskunfterteilung und Urkundenvorlage durch das Kartellgericht durchzusetzen. Nach § 29 Z 2 lit c KartG besteht die Möglichkeit der Verhängung von Geldbußen bei Nichtbefolgung. Um den Informationsfluss seitens Unternehmen auch weiterhin zu gewährleisten, stünde die Möglichkeit offen, diese Geldbußen zu erhöhen.

²⁶⁵ Ähnlich *Polster/Zellhofer*, Aktenzugang im Kartellverfahren im Spannungsfeld zwischen Geheimnisschutz und Private Enforcement, OZK 2008/3, 99

²⁶⁶ So auch *Polster/Zellhofer*, aaO.

B. Berechnung der Höhe des Schadenersatzes

1. Schaden des Käufers durch erhöhte Preise

Zur Berechnung der Höhe des Schadens des Käufers bei einem Kartellverstoß gibt es in Österreich bislang nur spärlich Judikatur. Diese findet sich vor allem im Zusammenhang mit der Schadensberechnung bei Submissionskartellen. Subsumiert man – wie der OGH – ein Submissionskartell unter den Tatbestand des Betruges nach § 146 StGB, so ist für eine Strafbarkeit auch ein Vermögensschaden Voraussetzung. In der Lehre gibt es grundsätzlich einerseits jene Linie²⁶⁷ (der sich auch der OGH angeschlossen hat²⁶⁸), die für eine Berechnung des Vermögensschadens den hypothetischen Wettbewerbspreis heranzieht und jene Linie²⁶⁹, die auf einen angemessenen Preis abstellt.

Unter dem hypothetischen Wettbewerbspreis ist jener Preis zu verstehen, der (im konkreten Vergabeverfahren) bei intaktem Wettbewerb erzielt worden wäre.²⁷⁰ Der hypothetische Wettbewerbspreis repräsentiert demnach den Marktpreis.

Vertreter des angemessenen Preises argumentieren, dass sich ein hypothetischer Marktpreis gar nicht exakt feststellen lassen kann, weil zu viele Faktoren bei der Preisbildung und Preispolitik der Unternehmen eine gewichtige Rolle spielen. Des weiteren wird ins Treffen geführt, dass der Preis für die Annahme eines Angebots nicht das einzige Kriterium sei, sondern auch Faktoren wie Qualität und Umweltgerechtigkeit eine Rolle spielen. Diese Kriterien sind nur schwer zu quantifizieren. Auch wird darauf verwiesen, dass die Argumentation des OGH in diesem Bereich nicht konsistent sei. Im sog „Gebrauchtwagen-Fall“ wurde nämlich ausgesprochen, dass die Vorspiegelung eines besonders günstigen Geschäfts dann keinen Vermögensschaden bewirkt, wenn der Getäuschte für seine Leistung ein volles Äquivalent erhält. Im Gegensatz zum Submissionskartell stellt der OGH hier also sehr wohl auf einen angemessenen Preis ab. Zuletzt wird als Untermauerung des angemessenen Preises auf § 21 Abs 1 BVergG verwiesen, wonach eine Vergabe zu

²⁶⁷ Ua *Steininger*, Zur Strafbarkeit von Submissionsabsprachen im Baugewerbe, RZ 2000, 116ff; *Lewisch*, BT I, 232. 2001, 13

²⁶⁸ OGH 26.9. Os 34/01; 28.6.2000, 14 Os 107/99.

²⁶⁹ *Lurger*, Die strafrechtliche Beurteilung von Submissionsabsprachen seit der KartGNov 2002, *ecolex* 2003, 109.

²⁷⁰ OGH 28.6.2000, 14 Os 107/99.

angemessenen Preisen zu erfolgen hat. Das BVergG kenne keinen hypothetischen Wettbewerbspreis. Dagegen könne ein angemessener Preis einfacher bestimmt werden. Ein Preis wird demnach als angemessen bewertet, wenn er der damit abgegoltenen Leistung entspricht.²⁷¹ Die individuelle sachliche Angemessenheit kann nur in Form einer Bandbreite festgelegt werden.²⁷² Nach *Oberndorfer* ist die Untergrenze für einen noch angemessenen Preis bei ca 10-15 Prozent unter dem vollkostendeckenden Preis mit bürgerlichem Gewinn anzusiedeln und die Obergrenze bei etwa 10-12 Prozent über diesem.²⁷³

Der OGH lehnt jedoch die Ermittlung eines solchen Preisrahmens durch Sachverständige ab, weil der Begriff der Preisangemessenheit keinen Vergleichsmaßstab zu bilden vermöge, zumal er die nötige Bestimmtheit vermissen lasse und selbst eine inhaltliche Determinierung erfordere, für die man einen allgemein gültigen Maßstab nicht finde und darüber hinaus gäbe es auf dem freien Markt keine absoluten von Angebot und Nachfrage-Verhältnis losgelösten Waren- und Dienstleistungswerte.²⁷⁴

In anderen europäischen Staaten gibt es vereinzelt Fälle, in denen Schadenersatz zugesprochen wurde. In den meisten Fällen wurde eher einfachen Berechnungsmodellen der Vorzug gegeben.

Mehr Judikatur zu Berechnungsmethoden findet man in den Vereinigten Staaten. Damit korreliert die weit fortgeschrittene Lehre in diesem Bereich. Allen Rechtsordnungen ist jedoch gemeinsam, dass kein Modell für eine Schadensberechnung bei Kartellverstößen speziell zugeschnitten ist. Der Rechtsprechung steht es demnach frei, ein angemessenes Berechnungsmodell zu wählen. Die einzige Determinante bleibt den Geschädigten so zu stellen, als ob die kartellrechtswidrige Handlung nie gesetzt worden wäre. Die Bandbreite reicht dabei vom eher einfachen „Vorher-Nachher-Vergleich“ bis zum komplexen theoretischen Simulationsmodell.

Im Folgenden soll zunächst ein Überblick über die in der Lehre vorherrschenden Berechnungsmethoden und die aktuelle Judikatur der nationalen Gerichte im europäischen

²⁷¹ Reckerzügl, Spekulation in der Bauwirtschaft, 113.

²⁷² Oberndorfer/Schwarz, ZVB 2001, 65.

²⁷³ Oberndorfer, Stellungnahme zu H. Gölles, Der Sachverständige, 3/2000, 113.

²⁷⁴ OGH 28.6.2000, 14 Os 107/99.

Raum gegeben werden. Danach soll untersucht werden, welche der Methoden mit dem Österreichischen Rechtssystem vereinbar sind und welche bei verschiedenen Konstellationen am erfolgversprechendsten sein werden.

a. Die Differenz - Methode

Diese Methode stellt die einfachste und geradlinigste Herangehensweise dar. Wie im allgemeinen Schadenersatz üblich, vergleicht man die Situation vor der schädigenden Handlung mit der Situation danach. Die Differenz im Vermögen des Geschädigten erhält dieser als Schadenersatz zugesprochen.

Für die private Rechtsdurchsetzung von Kartellverstößen heißt das, dass der Preis einer Ware vor dem kartellrechtswidrigen Verhalten mit dem Preis danach verglichen wird. Die Differenz stellt den Schaden dar. Das impliziert, dass der Preis vor der Verletzung den Preis widerspiegelt, der auch weiterhin der Marktpreis ohne das Bestehen eines Kartells gewesen wäre. Die Vorteile liegen vor allem in der Einfachheit und Transparenz.

Auf der anderen Seite birgt diese Methode eine Reihe von potentiellen Fehlerquellen, denen besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden muss. Zum einen könnte es sich als schwierig erweisen, den „normalen“ Preis ohne der Verzerrung durch die Verletzung zu eruieren. Deswegen ist darauf zu achten, einen Durchschnittspreis aus einer ausreichend langen Periode zu erfassen, bei der temporäre Spitzen, verursacht durch außergewöhnliche Marktumstände, außer Betracht bleiben. Beispiele dafür wären ein plötzliches Ansteigen der Nachfrage, ein Warenüberschuss oder –knappheit, der Markteintritt oder das Ausscheiden von Konkurrenten und saisonale Faktoren.

Zum anderen geht man bei einem bloßen Vergleich der Preise davon aus, dass der eruierte „normale“ Preis über die Periode der Kartellrechtsverletzung konstant geblieben wäre. Demnach müssten auch die bestimmenden Faktoren der Preisgestaltung während der gesamten Periode gleich geblieben sein. Diese Annahme könnte gerade bei längeren Perioden schwer zu rechtfertigen sein, weil sich hier vor allem das Verhältnis von Angebot und Nachfrage sehr wahrscheinlich geändert haben wird.

Ignoriert man also Faktoren, die das Preisniveau auch ohne wettbewerbswidrigem Verhalten verändert hätten, so bedeutet das, dass man die Auswirkungen dieses Verhaltens nicht ordnungsgemäß isoliert hätte. Damit wäre die Höhe des Schadens zu hoch angesetzt.

Drittens ergibt sich eine weitere Schwierigkeit bei der Berechnung des Schadens aus den unterschiedlichen Preiskonditionen, die mit den Abnehmern verhandelt worden waren. Verschiedene Kunden können unterschiedliche Preiskonditionen mit dem Kartell vereinbaren. Beispielsweise ist es im Geschäftsverkehr üblich einem Großabnehmer Sonderkonditionen zu gewähren. Bei der Berechnung der Schadenhöhe muss man demnach nach Gruppen differenzieren (zB Großabnehmer, Privatabnehmer). Es besteht die Gefahr, dass bei der Heranziehung eines Durchschnittspreises falsche Schlüsse gezogen werden. Beispielsweise ist es möglich, dass bestimmte Gruppen überhaupt nicht von dem Kartell benachteiligt werden. Dieses Phänomen des diskriminierenden zu viel Berechnens ist jedoch ein allgemeines Problem bei allen Schadensberechnungsmethoden, weil jedes Modell dazu tendiert, sich an einem Durchschnittspreis zu orientieren.

Es empfiehlt sich diese Methode dort anzuwenden, wo der Beginn des schädigenden Verhaltens bekannt ist und wo es höchstwahrscheinlich in der Periode der Kartellrechtsverletzung keine Änderung in der Marktstruktur gegeben hat. Dies trifft insbesondere auf kurzlebige Kartelle und stabile Industriezweige zu. Stabile Industriezweige sind durch das Ausbleiben von signifikanten Änderungen bei den Faktoren Angebot und Nachfrage, von Markteintritten von Konkurrenten und von technologischen Innovationen gekennzeichnet. Zu diesen „reifen“ Industriezweigen zählen vor allem jene der „old economy“. Wo diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, kann die Differenzmethode als einfache Überprüfung einer komplexeren Methode verwendet werden.

b. Die „Yardstick“ - Methode

Diese Herangehensweise basiert auf einem Vergleich zwischen dem Preis eines Marktes, der durch ein Kartell beeinflusst wurde mit einem ähnlichen Markt, der von unerlaubten Absprachen verschont blieb. In Betracht kommen vor allem geographisch getrennte Märkte

des gleichen Produkts. Der Vergleichsmarkt sollte im Idealfall dieselben Wettbewerbsbedingungen wie der beeinträchtigte Markt aufweisen. Dazu zählen in erster Linie Kostenstrukturen sowie die Angebots- und Nachfragecharakteristik. Sind diese Voraussetzungen gegeben, kann die Preisdifferenz der Märkte weitgehend auf den Effekt des Kartells zurückgeführt werden. Je unterschiedlicher der Vergleichsmarkt ist, desto schwieriger ist es, den Effekt des Kartells von anderen Faktoren zu isolieren.

Der Yardstick Ansatz ist besonders bei abgeschotteten lokalen Märkten effektiv. Er kann auch in Verbindung mit der Differenzmethode angewendet werden. Dadurch kann mehr Information über den Markt gewonnen werden.

Wie bei der Differenzmethode ist aber anzumerken, dass dieser Ansatz eher simpel und fehleranfällig ist, wo andere Faktoren als die verbotene Absprache das Preisniveau beeinflussen. Hilfreich können die erhaltenen Daten des Vergleichsmarktes auch in Verbindung mit ökonometrischen Modellen sein, um eine Preisvorhersage tätigen zu können.

c. Die Stückkosten - Methode

Eine Alternative zu den obengenannten Herangehensweisen beinhaltet das Berechnen des Preises ohne der Kartellrechtsverletzung über die Stückkosten. Zunächst werden die durchschnittlichen Produktionskosten des Produktes der Kartellmitglieder berechnet. Dazu dividiert man die Gesamtproduktionskosten durch die Gesamtstückanzahl. Zu diesem Betrag addiert man eine Gewinnmarge. Die Summe stellt dann den Verkaufspreis dar. Der Preis muss unter den gegebenen Umständen wettbewerbsfähig sein. Die dafür notwendigen Daten können durch Buchprüfung und Einsicht in interne Geschäftsberichte gewonnen werden.²⁷⁵

Wie bei den vorangegangenen Methoden liegt auch hier der Vorteil darin, dass sie besonders einfach zu handhaben ist und besonders leicht verständlich ist. Diese Simplifikation ist aber auch der Nachteil dieses Systems. Die anderen preisbestimmenden Faktoren während des Bestehens des Kartells bleiben außer Betracht. Es wird davon ausgegangen, dass die Produktionskosten und die Gewinnmargen über den gesamten Zeitraum konstant bleiben. Es

²⁷⁵ Zur Problematik der Offenlegung in Österreich siehe oben das Kapitel „Disclosure Problematik“.

ist jedoch meistens nicht unwahrscheinlich, dass sich das Verhältnis zwischen Preis und Kosten während des Vergleichszeitraumes auch ohne Kartell verändert hat.

Eine weitere Schwierigkeit im Zusammenhang bei der Berechnung der Schadenshöhe nach dieser Methode ergibt sich aus der Berechnung der angemessenen Gewinnmarge. Die Bewertung eines wettbewerbsfähigen Preises ist sehr schwierig, sogar wenn alle notwendigen Zahlen vorhanden sind (was oft nicht der Fall sein wird). Im Idealfall reflektiert die Marge die Kapitalkosten des Unternehmens, die sich aus den an Investoren auszubezahlenden Zinsen und der Höhe des Investitionsrisikos orientiert. Im amerikanischen Lysine-Kartell Fall nahm man eine Verzinsung von sechs Prozent an, um eine Vergleichsgröße zum Marktpreis zu berechnen.²⁷⁶

Im regulierten Sektor (besonders im Gas- und Stromsektor), wo die Evaluation einer fairen Verzinsung eine zentrale Rolle innerhalb der Preiskontrollen einnimmt, kommt der Bewertung von Exzesspreisen und –profiten große Bedeutung zu. Es ist zu bemerken, dass auf diesem Gebiet auf europäischer Ebene nur wenig Judikatur gibt und die bestehende wenig hilfreich für die Praxis ist. Eine Reihe von wirtschaftlichen Regeln kann benützt werden, um den Gewinn des Unternehmens entweder mit den Gewinnen von anderen Unternehmen/Sektoren oder mit den Kapitalkosten des Unternehmens zu vergleichen.

Es ist problematisch die Kapitalkosten als Indikator für die zu addierende Gewinnmarge zu verwenden, weil die Gewinnmarge in der Praxis die Kapitalkosten oft übersteigt. Das kann vorkommen, wenn durch außergewöhnliche Effizienz ein Unternehmen mehr verdient als die Kapitalkosten. Auch aufgrund von Geschäftszyklen kann zeitweise die Grenze der Kapitalkosten überschritten werden. Es darf weiters nicht außer Betracht bleiben, dass hohe Profite durch Innovation erzielt werden können. Dieser hohe Gewinn dient als Anreiz und deckt einen Teil des Investitionsrisikos ab.

Zusammenfassend kann davon ausgegangen werden, dass die Stückkosten Methode nicht geeignet ist, um die Auswirkungen eines Kartells zu bewerten. Zu unsicher ist, ob die berechneten Stückkosten den wahren Preis ohne Einflussnahme des Kartells reflektieren. Es

²⁷⁶ Kritisch dazu *Connor in Kwoka/White*, The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy.

bestehen darüber hinaus erhebliche Schwierigkeiten bei der Berechnung eines angemessenen Profits.

d. Die Preisvorhersage-Methode

Im Hinblick auf die Unzulänglichkeiten der Differenzmethode, der Yardstick Methode und der Stückkosten Methode, wird im Schrifttum die Verwendung einer komplexeren Methode einhellig vorgezogen.²⁷⁷

Soweit es Zeit und die bereitgestellten Daten ermöglichen, soll mit Hilfe von Regressionstechniken und ökonometrischen Modellen ausgehend von dem Zeitpunkt des Beginnes der Verletzungshandlung das Preisniveau vorhergesagt werden.

Basis dafür sind die damaligen Preisfaktoren in diesem Markt oder in vergleichbaren Yardstick Märkten. Bei dieser Herangehensweise handelt es sich also um eine komplexere Form der Differenzmethode oder der Yardstick Methode. Im Gegensatz zum theoretischen Simulationsmodell stützt man sich hier auf historische Verbindungen zwischen dem Preis und anderen variablen Faktoren.

Der Vorteil der Regressionstechniken im Vergleich zur Differenzmethode und der Yardstickmethode ist, dass diese Analyse theoretisch alle Faktoren, welche den Preis beeinflussen, einbezieht und so die Auswirkung der kartellrechtswidrigen Handlung isoliert dargestellt werden kann. Dabei wird ein statistisches Modell genutzt um das Verhältnis zwischen Preis („dependent variable“) und Angebots- und Nachfragefaktoren, welche den Preis beeinflussen („explanatory variables“) darzustellen.

Typischerweise wird dieses Verhältnis durch das Verwenden einer Gleichung in gekürzter Form näher spezifiziert. Dabei wird der Preis als Funktion von „exogenen“ Faktoren beschrieben, d.h. Faktoren, die nicht vom Hersteller kontrollierbar sind. Indem den „explanatory variables“ und ihren Koeffizienten Werte zugeordnet werden, liefert das Modell einen Durchschnittswert des Preises. Der Koeffizient dient der Bestimmung der Auswirkung

²⁷⁷ Lexecon, Report on Quantitative Techniques in Competition Analysis, S. 41, 2003.

eines weiteren Konkurrenten auf den Preis. Nimmt man beispielsweise an, dass bei einer Ausschreibung bei Hinzukommen von weiteren Bietern das Preisniveau um € 400,- pro Bieter sinkt, dann beträgt der Koeffizient $-0,4$.

Es sind bei der Preisvorhersage mehrere Schwierigkeiten zu beachten. Zum einen müssen die „explanatory variables“ vom Vorhandensein des Kartells unabhängig sein und vice versa. Ist das nicht der Fall, kann die Regressionsanalyse bestenfalls eine Erklärung für die Einflussgrößen, die einen Preis bestimmen, liefern. Die Auswirkungen eines Kartells würden aber nicht akkurat dargestellt. Beispielsweise könnte das Bestehen eines Kartells Auswirkungen auf die Bemühungen eines Unternehmens haben, die Produktionskosten zu senken. Werden diese Kosten dann für eine Preisvorhersage unter der Annahme verwendet sie seien unabhängig, könnte das das Resultat der Preisvorhersage stark beeinflussen.

Weiters wird bei dieser Methode davon ausgegangen, dass keine strukturellen Änderungen bei den Angebots- und Nachfragefaktoren zwischen der Phase vor und der Phase während des Kartells stattgefunden hat. Das kann sich als Fehleinschätzung herausstellen. Zum Beispiel könnte festgestellt werden, dass bei einer Erhöhung der Produktionskosten um 10 Prozent der Preis um 8 Prozent steigt. Dieses Verhältnis würde auch in der Kartellperiode verwendet um den hypothetischen Preis festzustellen. Sollte sich jedoch das Verhältnis während der Kartellperiode ändern, wäre der Wert verfälscht.

Ökonometrische Modelle setzen eine bedachte Beurteilung in Bezug auf die Wahl der in das Modell aufzunehmenden Variablen voraus. Als Entscheidungshilfe dienen Informationen der Wirtschaftswissenschaft, Informationen über die Besonderheiten eines speziellen Industriezweiges und Erkenntnisse aus statistischen Analysen. Probleme könnten sich aus der Verfügbarkeit der benötigten Daten ergeben. Gerade wenn Daten über einen langen Zeitraum benötigt werden, kann es sich als unmöglich erweisen, diese zu erhalten. In manchen Fällen kann man sich durch verfügbare ähnliche Datenkategorien helfen (zB statt Materialkosten Gesamtproduktionskosten), aber das Ableiten von solchen Zahlen führt notwendigerweise zu Verfälschungen der Berechnungen.

Ein weiteres Problem kann entstehen wenn einer oder mehrere Hauptfaktoren (Variablen) nicht berücksichtigt werden. Dann kommt es nämlich zu einer Verfälschung der Parameter,

die zu einem falschen Durchschnittspreis führt. Somit kommt der richtigen Auswahl der Faktoren große Bedeutung zu und birgt ein hohes Risiko.

e. Das theoretische Simulationsmodell

Eine weitere Herangehensweise ist der Einsatz eines Oligopol-Modells, das oft auch als Simulation bezeichnet wird.²⁷⁸ Diese Methode gewinnt insbesondere in den USA bei der Analyse von Unternehmenszusammenschlüssen an Bedeutung.

Simulationen nutzen wirtschaftliche Modelle, basierend auf Theorien über die Organisation von Industrien um die Auswirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen auf die jeweiligen Märkte vorherzusagen. Dies wird durch das Verarbeiten von Schätzungen über die Nachfrageeigenschaften (vor allem abgeleitet von ökonometrischen Modellen), und anderen Variablen, wie Grenzkosten, Preise und Menge in ein vereinfachtes Modell bewerkstelligt. Mit Hilfe dieses Modells ist es möglich, darzustellen, wie Unternehmen konkurrieren und wie sie auf Wettbewerbsentscheidungen ihrer Rivalen reagieren. Ein geeignetes Modell reflektiert also nicht nur die Signifikanz von individuellen Wettbewerbern, sondern auch den Wettbewerbsprozess im jeweiligen Industriezweig.

Simulationsmodelle variieren in ihrer Komplexität. Es müssen jedoch gewisse Grundannahmen zum Wettbewerbsverhalten getroffen werden um Preisschätzungen durchführen zu können. Die erste Grundannahme beschäftigt sich mit der Preisstrategie von Unternehmen. Nach dem sog. *Bertrand-Modell* wird die Höhe des Preises festgesetzt, um den Gewinn zu maximieren, wobei auch strategische Erwägungen und Interaktion mit den Wettbewerbern nicht außer Acht gelassen werden.

Als Alternative dazu wird das *Cournot-Wettbewerbsmodell* verwendet. Dieses geht davon aus, dass jedes Unternehmen ein einzelnes Produkt zu konstanten Grenzkosten produziert, wobei jedes einzelne Unternehmen den gesamten Markt beliefern kann und das Wissen um die Kundennachfrage besitzt. Es gibt für potentielle Konkurrenten keine Möglichkeit in den Markt einzutreten.

²⁷⁸ Siehe dazu Conner, aaO.

Man kann nun entweder davon ausgehen, dass jedes Unternehmen den Preis und die Stückzahl gleichzeitig festsetzt und dass kein Wettbewerb zwischen den Firmen stattfindet. Oder man geht davon aus, dass ein Gleichgewicht auf der Basis der Annahmen erreicht wird, wie jedes Unternehmen glaubt, dass seine Konkurrenten auf die Änderungen in der Höhe der Stückzahlen reagieren werden.

Die Ergebnisse bezüglich der Höhe von Preis und Stückzahl, die bei diesem Modell erzielt werden, liegen meistens zwischen jenen des Modells des perfekten Wettbewerbs und jenem des Monopols. Generell führt eine Erhöhung der Anzahl der Konkurrenten zu einem Sinken der Preise und zu einer Erhöhung der Stückzahl.

Dieses Modell kann natürlich nur bei Oligopolen angewendet werden. Eine solche Struktur zeichnet sich durch hohe Konzentration, hohe Markteintrittsschranken, Nichtvorhandensein von Produktdifferenzierung und eine hohes Maß an Kundenerstreuung aus.

Als Parameter können der Herfindahl-Hirschmann Konzentrationsindex, das Kaufverhalten der Konsumenten infolge eines Preisanstieges und die Grenzkosten eines Produkts herangezogen werden. Der Herfindahl-Hirschmann Index misst die Marktkonzentration indem die Quadrate der einzelnen Prozentanteile addiert werden. Teilen sich beispielsweise fünf Unternehmen den Markt mit den Anteilen 40%, 20%, 15%, 15% und 10% so erhält man einen HHI von 2550 ($40^2 + 20^2 + 15^2 + 15^2 + 10^2 = 2550$). Der HHI kann also je nach Markt zwischen fast Null (bei einer sehr hohen Dichte an Konkurrenten) bis hin zu einem Wert von 10000 (bei einem Monopol) rangieren.²⁷⁹

Bei der sog. Preiselastizität misst man das Sanktionspotential von Abnehmern infolge eines Preisanstieges. Beispielsweise beträgt der Wert bei einem Preisanstieg von einem Prozent und einem darauffolgenden Absatzminus von einem Prozent in diesem Fall eins.

Es stellen sich im Zusammenhang mit der Simulationsmethode folgende Probleme:

²⁷⁹ European Commission Notice: Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, 28.1.2004, Abs. 16.

Erstens es gibt mehrere plausible Oligopol Modelle (die wichtigsten sind das Cournot- und das Bertrand-Modell). Zweitens sind beide Hauptmodelle statisch, d.h. es kann nicht dargestellt werden, wie sich die Situation nach Reaktionen des Wettbewerbers, die wiederum Reaktionen nach sich ziehen etc., entwickelt. Zuletzt muss noch angemerkt werden, dass die Komplexität des Modells umfangreiche wirtschaftliche Kenntnisse erfordert, um das Modell zu verstehen und anzuwenden.

Oft wird kritisiert, dass bei den oben dargestellten Modellen eine Reduktion der Anzahl der Wettbewerber automatisch zu höheren Preisen führt.²⁸⁰ Dies ist zwar idR richtig, muss aber nicht notwendigerweise immer so sein. Diese Annahme führt zu einer übertriebenen Sorge vor Preiserhöhungen. Schließlich würde nach diesem Modell jeder Unternehmenszusammenschluss automatisch zu höheren Preisen führen. Andere Marktmechanismen, wie zum Beispiel die Nutzung von Synergien durch Zusammenschlüsse und die daraus resultierenden Kosteneinsparungen bleiben weitgehend außer Betracht.

Die einfachen Annahmen des Modells haben zwar den Vorteil der einfachen Handhabung und Bequemlichkeit, stimmen aber oft nicht mit den Handlungsweisen des Marktes überein. Berücksichtigt man nämlich auch Faktoren wie Kundenreaktion, Kundenmarktmacht und Lieferantenreaktionen, könnten einfache Preisvorhersagen ins Wanken geraten.

Zum Beispiel können die Daten bei einem Unternehmenszusammenschluss von Lieferanten von bestimmten Lebensmittelprodukten die für das Modell notwendigen Daten durch das Heranziehen von Supermarkts Scannerdaten akquiriert werden. Mit Hilfe von Kostendaten kann nun ein Preis, der ohne das Kartell entstanden wäre bestimmt werden. Es wird aber die Menge an Marken und Produkten, die in Supermärkten gelagert werden, die Positionierung der Waren in den Regalen und die Auswirkungen auf Werbung und Entwicklung der Hausmarken nicht berücksichtigt. Gleichzeitig wird die Reaktion von Supermarktketten außer Acht gelassen, die potentielle Konkurrenten zu einem Markteintritt ermutigen könnten. Daneben könnten Konkurrenten die Situation nutzen, um neue Marken einzuführen oder bestehende Marken zu forcieren, etc. Man sieht also, dass die Liste möglicher Reaktionen schier endlos ist und es unmöglich ist, alle in einem theoretischen Modell zu berücksichtigen.

²⁸⁰ RBB Economics, „The Emperor’s New clothes? – the role of merger simulation models”, Jänner 2004.

Zusammenfassend sollten die obengenannten Nachteile nicht in der Weise interpretiert werden, dass das Simulationsmodell generell untauglich und nur von geringem Wert für eine Bewertung eines Unternehmenszusammenschlusses ist. Es ist jedoch zu beachten, dass sehr gute und sehr detaillierte Informationen erforderlich sind, um akkurate Ergebnisse zu erzielen. Die Ergebnisse hängen stark von den Grundannahmen ab. Beachtet man dies und setzt man das Oligopol Modell nicht unbedacht ein, so kann es durchaus für die Bewertung eines Unternehmenszusammenschlusses herangezogen werden. Dies gilt jedoch nur für die behördliche Erlaubnis eines solchen Zusammenschlusses. Ob sich eine Schadenersatzberechnung infolge eines Kartells auf dieses Modell stützen sollte, darf kritisch hinterfragt werden.

f. Bereicherung des Unternehmens

Es kann argumentiert werden, dass im Prinzip die Höhe des Schadenersatzes mit der Höhe der Bereicherung des schädigenden Unternehmens übereinstimmen müsste. Demnach kann für eine Schadensberechnung die Bilanz eines Unternehmens herangezogen werden. Hier könnte sich aus den Profitmargen oder dem Umsatz die Höhe der zusätzlichen Einnahmen ergeben. Es wird sich jedoch in den meisten Fällen als schwierig erweisen, die Auswirkungen einer Preiserhöhung aus den Unternehmenszahlen von anderen Faktoren zu isolieren.

In diesem Zusammenhang ist auch die Trennung von Schadenersatz und Bereicherungsrecht in der österreichischen Rechtsordnung zu sehen. Die Grundlage für einen Bereicherungsanspruch ist die Herausgabe eines ungerechtfertigt erlangten, also rechtsgrundlosen Vorteils. Daher ist der Bereicherungsanspruch von einem Schaden des Entreicherten unabhängig.²⁸¹ Während es im Bereicherungsrecht darum geht, dass der Belagte einen Vorteil herausgibt, der ihm nicht gebührt, kommt es im Schadenersatzrecht hingegen auf den Nachteil an, den der Ersatzberechtigte erlitten hat.²⁸² Es handelt sich somit um zwei unabhängige Ansprüche. Die Höhe der Bereicherung muss daher nicht notwendigerweise mit dem verursachten Schaden übereinstimmen. Eine Methode, welche die

²⁸¹ *Swoboda* in Klang¹ IV 451; *Wilburg*, Bereicherung 97ff; *Larenz/Canaris* II/2, 128f; *Koziol/Welser* II, 257. Für eine Trennung auch OGH in SZ 44/92; SZ 55/37; MietSlg 33.128.

²⁸² OGH in JBl 1992, 720.

Bereicherung misst, kann nicht für die Berechnung des Schadenersatzes herangezogen werden.

g. Zusammenfassende Bewertung

Nach österreichischem Recht ist zunächst von der Differenzmethode auszugehen. Ein bloßer Vergleich des Preises vor und während dem Kartell ist jedoch nur in den seltensten Fällen zielführend. Der hypothetische Preis ohne der Kartellrechtsverletzung sollte vielmehr durch eine komplexere Methode eruiert werden. Es ist insbesondere auf § 273 ZPO zu verweisen, wonach das Gericht selbst mit Übergehung eines von einer Partei angebotenen Beweises die Höhe des Schadenersatzes nach freier Überzeugung festsetzen kann. Bei einzelnen Ansprüchen bis EUR 1.000,- kann über Bestand und Höhe nach freier Überzeugung entschieden werden.²⁸³ Abgestellt werden kann hier etwa auf den Marktpreis, der sich nach Entdeckung des Preiskartells einstellte.

Dort wo es möglich ist, Zugang zu den benötigten Daten zu erhalten und die nötige Zeit zu investieren, bietet sich die Methode der Preisvorhersage an. Einfachere Methoden wie die Yardstick Methode oder die einfache Differenzmethode könnten an einem nicht repräsentativen Vergleichszeitraum scheitern. Das Theoretische Simulationsmodell kann angewendet werden, wenn entsprechend detaillierte Daten vorhanden sind. Hier ist aber besonders darauf zu achten, dass die Grundannahmen des Modells mit dem Einzelfall übereinstimmen. Eine gedankenlose Anwendung der Standardannahmen kann zu verzerrten Ergebnissen führen.

Obwohl die Stückkostenmethode sicherlich wegen ihrer leichten Berechenbarkeit gewisse Vorteile besitzt, ist sie bei jenen Kartellen nicht anwendbar, wo ein wettbewerbsfähiger Preis nicht herangezogen werden kann oder wo sich Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Bestimmung des angemessenen Profits ergeben.

Jede der Methoden kann als Überprüfung und Ergänzung herangezogen werden, wo die notwendigen Daten vorhanden sind und der Zeithorizont dies erlaubt. Insbesondere in Fällen

²⁸³ BG Graz-Ost 16.3.2007, 4 C 463/06h-18.

mit geringem Streitwert wäre es jedoch eine Fehlinvestition ein Gutachten, das mehrere Methoden enthält, erstellen zu lassen. Umso bedeutender ist dann das Kennen der Stärken und Schwächen jeder einzelnen Herangehensweise, um in der Praxis entscheiden zu können, welche die Angemessene darstellt.

Es ist zu betonen, dass jede Analyse sorgsam getestet werden muss und dass sie durch Informationen über den jeweiligen Industriezweig unterstützt wird. Beispielsweise können Dokumente und Zeugenaussagen verwendet werden um Spezifikationen eines Modells zu bestätigen. Es gilt auch die Sensibilität eines Modells zu überprüfen, d.h. welche Auswirkungen es hat, wenn kleinere Änderungen in den Grundannahmen vorgenommen werden. Grundannahmen mit einem hohen Grad an Sensibilität sind besonders sorgfältig zu überprüfen.

Es liegt auf der Hand, dass die Berechnung des Schadens infolge erhöhter Preise keine unkomplizierte Angelegenheit ist. Die Möglichkeiten reichen von relativ einfachen Methoden bis hin zu komplexen Modellen. Dies macht Entscheidungen in Bezug auf die Plausibilität der den Methoden zugrundeliegenden Annahmen notwendig und fordert ein Verstehen der sensiblen Punkte jeder Schadensberechnung. Dabei ist nicht nur das Rechtsprechungsorgan sondern auch der Gutachter, der die Schadenshöhe zu berechnen hat, gefordert. Die Verantwortung des Gutachters liegt in der Fähigkeit die zugrunde liegenden Annahmen deutlich zu machen, die verwendeten Methoden zu rechtfertigen und verschiedene Herangehensweisen in Einklang zu bringen. Andernfalls kann das Gericht die vorgelegten Beweise nicht richtig abschätzen und muss eine Schätzung zurückweisen.

2. Schaden des Konkurrenten

Während sich der vorhergehende Abschnitt mit den Schadensberechnungsmethoden für Schäden, bei denen der Geschädigte ein Käufer war befasste, werden nun Fälle behandelt, in denen der Geschädigte ein Konkurrent des Kartells ist. Solche Schäden können beispielsweise durch Weigerung des Kartells zu kontrahieren, Knebelverträge oder Dumping-Preisstrategien entstehen. Unter diesen Umständen können Schäden durch den Verlust an Gewinn berechnet werden, der durch die schädigende Handlung entstanden ist. Im Extremfall, wenn ein

Unternehmen aus dem Markt gedrängt wurde, bemisst sich die Höhe nach dem Going-Concern Wert des Unternehmens, wobei auch die wahrscheinlichen Gewinne des Unternehmens über seine gesamte wirtschaftliche Lebensdauer miteinbezogen werden.

a. Die Grundstruktur

Für die Berechnung des entgangenen Gewinns sind vor allem die Höhe der Gewinneinbußen, die Zinsen vergangener Verluste und die Diskontierung zukünftiger Verluste von Bedeutung. Die Verluste werden durch einen Vergleich zwischen den Einkünften, die der Geschädigte erzielt hat und die er ohne Kartellrechtsverletzung erzielt hätte, berechnet. Bei den meisten Schadensberechnungsfällen kann mit Hilfe dieser Faktoren das Auslangen gefunden werden.²⁸⁴

Hypothetischer Gewinn (vor Proz.)	-	erwirtschaftete Gewinne	+	Zinsen vor Urteil	=	Schaden (vor Prozess)
						+
Hypothet. Gewinn (nach Proz.)	-	reale wahrscheinliche Gewinne	+	Diskontierung	=	Schaden (nach Prozess)

						GESAMTSCHADEN

b. Berechnungsmöglichkeiten des entgangenen Gewinns

Die Berechnung des entgangenen Gewinns beinhaltet das Heranziehen von Methoden aus der Betriebswirtschaftslehre, der Volkswirtschaftslehre und des Rechnungswesens. Diese Instrumente helfen die Differenz zwischen dem möglichen und dem realen Profit zu ermitteln.

Die drei Hauptberechnungsmethoden stützen sich dabei entweder auf das Einkommen, auf den Markt oder auf die Aktiva. Bei der ersten Methode wird das Einkommen des

²⁸⁴ Robert E. Hall/Victoria A. Lazear (1994), Reference Guide on Estimation of Economic Losses in Damages Awards in Reference Manual on Scientific Evidence, Washington D.C.: Federal Judicial Center, 280.

Unternehmens aus der Steuererklärung oder aus der Gewinn- und Verlustrechnung eruiert. Dieses wird so angepasst, dass die wahren Geldflüsse herausgefiltert werden. Diese Geldflüsse werden sodann diskontiert um den derzeitigen Wert zu ermitteln. Dieser Wert wird als Profit ohne der Kartellrechtsverletzung verwendet. Die Differenz zwischen dieser Zahl und den aktuellen Geldflüssen stellt den Schaden dar.

Bei der Berechnung des Profits, der ohne der Kartellrechtswidrigen Handlung entstanden wäre, ist eine Schätzung des hypothetischen Verkaufs erforderlich. Dabei stützt man sich auf historische Handelsbilanzen und interne Informationen, wie Budgets, Prognosen, Marketingberichte und –strategien, Finanz- und Produktionsberichte und Kundenkorrespondenz.

Der Schwachpunkt dieser Methode ist, dass aus den historischen Daten das Szenario für den Zustand ohne der Kartellrechtsverletzung abgeleitet wird. Schwierigkeiten ergeben sich daher, wenn sich die Verhältnisse auch ohne der Verletzung geändert hätten. Hier muss besonders darauf geachtet werden, alle Umstände gewissenhaft zu beurteilen um eine genaue Prognose zu erstellen. Ein Indikator für die Veränderung durch die Verletzungshandlung könnte ein Vergleich mit einer Produktionslinie des Unternehmens darstellen, der mit dem Schädiger nicht in Konkurrenz steht. Darüber hinaus könnte eine Analyse des Marktes zeigen, welche Einflüsse die Verkäufe auch ohne der Handlung beeinflusst hätten.

Bezüglich der Kosten, die durch die Mehr-Produktion und Mehr-Verkäufe entstanden wären und daher vom hypothetischen Gewinn abzuziehen sind, muss man zwischen Fixkosten und variablen Kosten unterscheiden. Während Fixkosten unabhängig von der Produktionsmenge auftreten, hängen die variablen Kosten von der Produktionsmenge ab. Nur letztere sind also als Abzugsposten zu berücksichtigen. Problematisch ist, dass Fixkosten nach einem bestimmten Zeitraum zu variablen Kosten werden können. Beispielsweise zählen Personalkosten zu den Fixkosten. Sinkt die Produktion jedoch über einen längeren Zeitraum, so kommt es zu Mitarbeiterabbau und die Kosten sinken – sie sind dann also variabel. Bei der Berechnung der ersparten Kosten sind die Umstände des jeweiligen Unternehmens zu beachten und auf den Einzelfall abzustellen.

Bei einer anderen Methode wird der Wert und die Verkaufszahlen eines vergleichbaren Unternehmens herangezogen um den Schaden zu quantifizieren. Dabei wird der Wert des Vergleichsunternehmens mit den Verkaufszahlen verglichen. Der Quotient aus diesen beiden Zahlen wird mit der Differenz der Verkaufszahlen vor und nach der Verletzung multipliziert. So erhält man den Schaden des Unternehmenswertes.

Hat zum Beispiel ein geschädigtes Unternehmen einen Wert von 2.000.000 und die Verkaufszahlen einen Wert von 1.000.000, so beträgt der Quotient 2. Erwirtschaftete das geschädigte Unternehmen vor der Schädigungshandlung einen Betrag von 800.000 und danach 400.000 so beträgt die Differenz 400.000. Nun wird die Differenz von 400.000 mit (dem zuvor errechneten Quotient) 2 multipliziert. Der Schaden beträgt also 800.000.

Es ergibt sich also die Formel:

Schaden im Vermögen
=
Quotient aus Wert und Verkaufszahlen des Vergleichsunternehmens
*
(Verkauf des geschädigten Unternehmens vor der Schädigung – Verkauf nach Schädigung)

Im Grunde wird der Wert der Verkaufszahlen nur als Indikator für die Wertveränderung innerhalb des Unternehmens herangezogen. Genauso könnte man als Indikator den Profit vor und nach der Verletzungshandlung heranziehen.

Es liegt auf der Hand, dass die Genauigkeit dieser Methode von der ordnungsgemäßen Zuordnung eines Vergleichsunternehmens abhängt. Das Unternehmen muss hinsichtlich der Schlüsselfaktoren, also Kapitalstruktur, Produktmix, Größe, Marktanteil und Wachstumsprognose vergleichbar sein. Statistische Methoden können helfen, die Wahrscheinlichkeit, dass sich das Unternehmen wie das Vergleichsunternehmen entwickelt hätte, zu berechnen.

Eine andere Herangehensweise stützt sich bei der Berechnung des Schadens auf die Aktiva eines Unternehmens. Aus der Bilanz wird der Wert eines Unternehmens vor einer

Verletzungshandlung und danach verglichen. Der Unterschied stellt den Schaden dar. Der Vorteil dieser Berechnungsmethode ist ihre Einfachheit. Der Nachteil liegt darin, dass die Bilanz nur historische Daten des Wertes der Aktiva und Passiva ausweisen kann und deshalb höchstwahrscheinlich keine verlässlichen Schätzungen über die Höhe des Geschäftsschadens liefern kann. Darüber hinaus kann diese Methode nur dort sinnvoll angewendet werden, wo die Kartellrechtsverletzung eine messbare Auswirkung auf den Wert der Aktiva und Passiva hat. Zuletzt könnten in jenen Fällen Probleme auftreten, wo nur ein kleiner Teil eines Unternehmens betroffen ist, weil sich die genaue Zuteilung der Aktiva auf die verschiedenen Unternehmensteile sehr schwierig ist.

3. Vorschläge des Grünbuchs

In Frage F des Grünbuchs wird die Thematik der Berechnungsmethode für die Höhe des Schadenersatzes behandelt. In Option 18 wird die Frage gestellt, ob eher einfachen oder eher komplexeren Berechnungsmethoden der Vorzug zu geben ist. Auch die Möglichkeit der Billigkeitsentscheidung bezüglich der Höhe des Schadens durch das Gericht wird zur Diskussion gestellt. Sodann wird die Möglichkeit der Kommission, Leitlinien zur Quantifizierung des Schadenersatzes zu erstellen, angesprochen. Die letzte Option zu diesem Themenschwerpunkt behandelt die Einführung geteilter Verfahren, in denen zwischen der Haftung des Rechtsverletzers und der Höhe des zu leistenden Schadenersatzes unterschieden wird, um das Gerichtsverfahren zu vereinfachen.

4. Die Vorschläge des Weißbuchs

Die Kommission beabsichtigt die Ausarbeitung eines pragmatischen und unverbindlichen Orientierungsrahmens für die Berechnung des Schadenersatzes bei Wettbewerbsverstößen, der insbesondere approximative Methoden zur Berechnung oder vereinfachte Regeln zur Schätzung von erlittenen Verlusten enthalten könnte.

Hintergrund dieser Maßnahme ist laut Arbeitspapier vor allem die Tatsache, dass eine genaue Berechnung des erlittenen Schadens einen unverhältnismäßigen Aufwand darstellen könnte und für potentielle Kläger abschreckend wirken könnte.

5. Stellungnahmen

Die Befürworter von komplexeren Methoden stellen die genaueren Resultate und die erhöhte Rechtssicherheit, sowie die bessere Kalkulierbarkeit des Prozessrisikos in den Vordergrund.²⁸⁵

Gegner dieser Ansicht sehen keinen Bedarf an neuen Regeln. Das alte System habe sich durchwegs bewährt und sei auch einfach anzuwenden. Der Mehrwert von komplexeren Wirtschaftsmodellen sei nicht erkennbar. In komplizierteren Fällen müsse ohnehin ein Sachverständiger hinzugezogen werden.²⁸⁶ Komplexe Methoden schaffen eher Rechtsunsicherheit, weil sie von vielen Faktoren abhängen, deren Beurteilung im vorhinein nicht genau abgeschätzt werden kann. Dadurch werde auch ein Abschätzen des Prozessrisikos deutlich erschwert.

Bei der großen Anzahl an verschiedenen Berechnungsmodellen mit all ihren Vor- und Nachteilen sei auch nicht einzusehen, warum das Gericht auf eine einzelne Methode fixiert werden soll. Je nach Sachlage solle es dem Gericht überlassen bleiben, die richtige Methode der Berechnung festzulegen.²⁸⁷ Deswegen sei es auch kontraproduktiv, Leitlinien für die Berechnung des Schadens herauszugeben.²⁸⁸

Bezüglich der Möglichkeit des Gerichtes, eine Billigkeitsentscheidung ohne genaue Prüfung der Höhe des Schadens zu treffen, wird einerseits argumentiert, dass es dabei zu versteckten punitive damages kommen würde, welche abzulehnen seien. Darüber hinaus führe eine solche

²⁸⁵ Vertretend für viele: Stellungnahme des deutschen Bundesministeriums für Wirtschaft und des Bundeskartellamtes, 6f.

²⁸⁶ Siehe zB Stellungnahme der österreichischen Industriellenvereinigung zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 9.

²⁸⁷ Stellungnahme der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 8f.

²⁸⁸ Stellungnahme des deutschen Bundesministeriums für Wirtschaft und des Bundeskartellamtes, 6f.

Entscheidung zu einer erhöhten Rechtsunsicherheit. Erst wenn sich ein Schaden gar nicht, oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand ermitteln lasse, solle nach Billigkeit entschieden werden. Im übrigen sei dieses Problem aber kein spezifisch wettbewerbrechtliches, weshalb eine Sonderregelung nicht sinnvoll erscheine. Bei der Berechnungsmethode handelt es sich um wesentliches Element der Rechtssysteme der Mitgliedstaaten, das verändert würde. Deswegen sollte die Beurteilung den Mitgliedstaaten überlassen werden. Die EU-Kommission ist zu einer Änderung der Rechtslage nicht befugt und sie ist auch nicht geboten.²⁸⁹

Zu der vorgeschlagenen Möglichkeit der Teilung des Verfahrens in einen Abschnitt „dem Grunde nach“ und einen Abschnitt „der Höhe nach“ wird einhellig angeführt, dass es zu einer erheblichen Verzögerung des Verfahrens kommen würde.²⁹⁰ Die Möglichkeit das Verfahren zu teilen, besteht bereits in vielen Mitgliedstaaten. Dies solle aber nur in den Fällen geschehen, wo es auch sinnvoll ist. Es soll den Gerichten überlassen bleiben, das zu entscheiden. Eine prinzipielle Regel für ein zweigeteiltes Verfahren einzuführen, wäre daher verfehlt. Allerdings wäre eine Harmonisierung der Rechtsordnungen innerhalb der europäischen Union in diesem Bereich durchaus wünschenswert.²⁹¹

Die Einführung von Leitlinien wird von vielen begrüßt. Vor allem aus der Praxis wurden schon bisher Stimmen laut, die sich wegen der Rechtsunsicherheit kritisch zum Legalausnahmesystem geäußert haben.²⁹² Leitlinien zur Berechnung der Schadenshöhe würden zumindest einen kleinen Teil der Rechtsunsicherheit des Verfahrens beseitigen und für mehr Transparenz sorgen.²⁹³

Von Seiten des Konsumentenschutzes wird die Reduktion und Kalkulierbarkeit der Verfahrenskosten, sowie der Entscheidungsgleichklang innerhalb der Union hervorgehoben.

²⁸⁹ Stellungnahme der österreichischen Industriellenvereinigung zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 9.

²⁹⁰ Stellungnahme des österreichischen Bundesministeriums für soziale Sicherheit Generationen und Konsumentenschutz, 12f.

²⁹¹ *Baker/McKenzie*, Response to Green Paper on Private Enforcement, 11; Stellungnahme des deutschen Bundesministeriums für Wirtschaft und des Bundeskartellamtes, 6f.

²⁹² *ZB Montag/Reidlinger*, Das neue EG-Kartellverfahrensrecht in der Praxis, MR-Int 2005, 2; *Reidlinger/Hartung*, Das neue österreichische Kartellrecht, 63.

²⁹³ *Freshfields/Bruckhaus/Deringer*, Response to Commission of the European Communities DG Competition Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, 6.

Allerdings sollten solche Leitlinien erst nach sorgfältiger Konsultation aller interessierten Parteien herausgegeben werden.²⁹⁴

Jene, die für eine Wahlfreiheit der Gerichte bezüglich der Schadensberechnungsmethode eintreten, lehnen ein Festlegen in Leitlinien ab.²⁹⁵ Jede der Kalkulations-Methoden könne im Einzelfall ihre Berechtigung haben. Man dürfe daher kein Berechnungsmodell ausschließen und sich auch auf keine Methode festlegen.

²⁹⁴ Stellungnahme des österreichischen Bundesministeriums für soziale Sicherheit Generationen und Konsumentenschutz, 12f.

²⁹⁵ Stellungnahme des deutschen Bundesministeriums für Wirtschaft und des Bundeskartellamtes, 6f; Stellungnahme der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde, 9.

C. Umfang des Schadenersatzes

Nach kontinentalen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen steht dem Geschädigten nur der Ausgleich für den erlittenen Schaden zu. Da dieser bloße Ersatz bei der privaten Durchsetzung des Kartellrechts aber nach Ansicht der Kommission als Anreiz nicht ausreicht, um das beachtliche Prozessrisiko für einen relativ geringen Ausgleich auf sich zu nehmen, sollen verschiedene Denkansätze diskutiert werden. In verschiedenen Mitgliedstaaten finden sich bereits Maßnahmen, die möglicherweise als Best-Practice Beispiele herangezogen werden können. Je nach den verschiedenen Komponenten, die in den Schadenersatzbegriff hineingenommen werden, kann der Umfang des zuzusprechenden Schadenersatzes variieren.

1. Mögliche Arten

a. Kompensatorischer Schadenersatz

Der Schadenersatz bemisst sich nach dem Verlust, der dem Kläger durch die Verletzung entstanden ist. Eine darüber hinausgehende Wiedergutmachung wird nicht zugestanden. Diese Regelung ist nach Ansicht der Kommission mitunter ein Grund dafür, dass die private Durchsetzung derzeit so wenig ausgeprägt ist. Das Prozessrisiko und der Aufwand des Prozesses sind verglichen mit dem in den meisten Fällen geringen Schadenersatz unverhältnismäßig hoch.

b. Herausgabe der unrechtmäßigen Bereicherung

Alternativ dazu wird der Schadenersatz nicht über die Berechnung des Schadens eruiert, sondern über den Gewinn des Schädigers. Nach der österreichischen Dogmatik handelt es sich hierbei aber nicht um Schadenersatz sondern um einen bereicherungsrechtlichen Anspruch. Diese Herangehensweise erscheint dort attraktiv, wo der durch die kartellrechtswidrige Handlung erzielte Gewinn den erlittenen Schaden übersteigt. Schließlich soll sich das unrechtmäßige Verhalten für den Schädiger nicht bezahlt machen. Nach § 34 GWB kann die deutsche Wettbewerbsbehörde ein verletzendes Unternehmen anweisen, den aus der unrechtmäßigen Handlung resultierenden Gewinn herauszugeben.

c. Punitive Damages

Unter exemplary oder punitive damages versteht man eine Bestrafung rechtswidrigen Verhaltens durch Zugestehung eines überhöhten Schadenersatzes. Vereinzelt sieht man die punitive damages als Ausgleich für schwierig zu berechnende Schadenersatzkomponenten. Im Normalfall steht jedoch der Gedanke der Generalprävention im Vordergrund.

2. Europäische Rechtsprechung

Im Fall „Brasserie du Pecheur“ sprach der EuGH aus, dass es an den einzelnen Mitgliedstaaten liegt, die Kriterien für das Ausmaß der Wiedergutmachung für eine Verletzung der europäischen Wettbewerbsregeln festzulegen. Diese Kriterien dürfen aber nicht ungünstiger sein als jene, die für ähnliche Klagen nach inländischem Recht bestehen und dürfen es in der Praxis nicht unmöglich oder außergewöhnlich schwierig machen, Wiedergutmachung zu erlangen.

Es wurde weiters ausdrücklich ausgesprochen, dass es möglich sein muss, exemplary damages zuzusprechen, wenn dieses Ausmaß auch bei ähnlich gelagerten inländischen Fällen zugesprochen würde.²⁹⁶

3. Erhöhter Schadenersatz in europäischen Rechtsordnungen

Besonders in England haben sich in der Rechtsprechung mehrere Kategorien herausgebildet, wonach ein höherer Schadenersatz zugesprochen werden kann. Eine dieser Kategorien beschreibt den Fall, dass der Schädiger die Verletzungshandlung kalkuliert gesetzt hat, weil der dadurch erreichte Profit den zu bezahlenden Schadenersatz übersteigt.²⁹⁷

Ausdrücklich normiert ist die Anwendbarkeit von exemplary damages für das irische Wettbewerbsrecht in Section 14 (5) des Competition Act. Die Voraussetzung dafür ist, dass

²⁹⁶ Rs. C-46/93, Brasserie du Pecheur – Urteil vom 1996, Slg. 1996, I-1029

²⁹⁷ Lord Devlin in Rookes v Barnard [1964] AC 1129.

der Schädiger bewusst und absichtlich gehandelt hat und durch das verbotene Verhalten einen Gewinn erzielen wollte, der über dem einfachen Schadenersatz des Geschädigten liegt. Demnach müsste in Irland auch ein Bruch des europäischen Wettbewerbsrechts zu einem höheren Schadenersatzanspruch führen. Exemplary damages werden aber in Irland selten zugesprochen und sind vergleichsweise niedrig.

In Deutschland widersprechen exemplary und punitive damages wie in Österreich den allgemeinen Schadenersatzgrundsätzen. Vereinzelt wird jedoch auch hier ein höherer Schadenersatz zugestanden, zB ist die GEMA berechtigt bei Urheberrechtsverletzungen den doppelten Schadenersatz einzufordern.²⁹⁸

Die meisten Mitgliedstaaten kennen das System der exemplary oder punitive damages nicht. Es ist daher zu erwarten, dass es schwierig wird, Vertreter dieser Staaten von den Vorteilen dieses Systems zu überzeugen.

4. Österreichisches Recht

Das österreichische Schadenersatzrecht geht grundsätzlich von einem zweistufigen, verschuldensabhängigen Schadenersatzbegriff aus. § 1323 ABGB unterscheidet zwischen der eigentlichen Schadloshaltung und der vollen Genugtuung. Die eigentliche Schadloshaltung umfasst lediglich den positiven Schaden, wohingegen bei der vollen Genugtuung auch der entgangene Gewinn ersetzt wird. Bei leichter Fahrlässigkeit wird lediglich der positive Schaden, bei grober Fahrlässigkeit bzw vorsätzlichem Handeln auch der entgangene Gewinn ersetzt.²⁹⁹

Einen erhöhten Schadenersatz nach Vorbild der amerikanischen punitive damages ist dem österreichischen System zwar nicht gänzlich fremd. So ist beispielsweise § 87 Abs 3 UrhG, der als Schadenersatz das Doppelte des angemessenen Entgelts für eine Urheberrechtsverletzung normiert, dem amerikanischen punitive damages nicht unähnlich.³⁰⁰

²⁹⁸ BGH vom 24.6.1955, I ZR 178/53, BGHZ 17,376.

²⁹⁹ *Koziol/Welser*, Bd. II, 303f.

³⁰⁰ So auch *Kocholl*, 54.

Auch der Anspruch des § 5j KSchG enthält ein strafendes Element.³⁰¹ Auch Strafzuschläge bei der Benützung von öffentlichen Verkehrsmitteln ohne Fahrschein (§ 21 Eisenbahnbeförderungsgesetz) sowie Aufschlagszahlungen bei unzureichender Freimachung von Briefsendungen (Punkt 1.5 der gemäß § 9 iVm § 34 PostG erlassenen AGB der Post AG) könnten als punitive damages gewertet werden.³⁰² Diese vereinzelt Bestimmungen können jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass nach dem in § 1323 ABGB normierten Grundsatz der Naturalrestitution der Geschädigte so zu stellen ist, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde. Punitive damages sind daher nach allgemeinem Zivilrecht nicht zuzusprechen.

5. Die Vorschläge des Grünbuchs

Im Grünbuch der Kommission werden bezüglich der Schadenhöhe mehrere Alternativen vorgeschlagen. Zunächst besteht die Möglichkeit dem Geschädigten den einfachen Schaden zuzusprechen, der aus der Verletzung des europäischen Kartellrechts entstanden ist. Eine andere Möglichkeit erlaubt dem Geschädigten den Schadenersatz aus dem Schaden zuzüglich eines Aufpreises zu berechnen. Dabei könnte entweder ein Geschädigter den gesamten Schaden geltend machen, der in einem zweiten Verfahren unter allen Geschädigten aufgeteilt wird. Oder jeder Geschädigte kann nur seinen eigenen Schaden geltend machen. Beispielsweise könnte ein Abnehmer eines Kartells, der 40% über dem objektiven Marktpreis bezahlen müsste, 40% des Preises aller Einkäufe, die er selbst getätigt hatte, einklagen. Als weitere Option wird das Zusprechen des doppelten Schadenersatzes für schwerste Fälle (zB horizontale Kartelle) genannt.

6. Die Vorschläge des Weißbuchs

Im Weißbuch schlägt die Kommission vor, als Schaden den erlittenen Verlust samt entgangenem Gewinn und Zinsen zu definieren. Von punitive damages ist im Weißbuch selbst nicht mehr die Rede. Im Arbeitspapier wird zu punitive damages lediglich ausgeführt, dass es Mitgliedstaaten unbenommen ist, einen Strafschadenersatz zuzusprechen, wenn eine

³⁰¹ Kocholl, 72.

³⁰² Kocholl, 74 mwN.

solcher Schadenersatz auch nach dem Recht des Mitgliedstaats im Falle der Verletzung des nationalen Wettbewerbsrechts zuzusprechen gewesen wäre.

7. Stellungnahmen zum Umfang des Schadenersatzes

In den Stellungnahmen wird von der europäischen Lehre und Praxis die Einführung der punitive damages durchwegs abgelehnt. Als Grund dafür wird vor allem das Argument, dass der Geschädigte nicht grundlos bereichert werden soll, genannt. Schließlich sei nicht einzusehen, warum der Geschädigte nicht bloß den Ersatz für die erlittene Beeinträchtigung, sondern einen darüber hinaus gehenden Betrag erhalten soll.

Weiters stelle es einen Systembruch dar, bei der Berechnung des Schadenersatzes ein strafendes und Abschreckungselement zu integrieren. Dafür ist nach kontinentaleuropäischer Rechtstradition der Staat verantwortlich. Er kann auch die Höhe der Strafe nach bestimmten Kriterien bestimmen und muss sich nicht an die Höhe des Schadens halten, der zwar in die Berechnung miteinfließt, aber nicht die einzige ausschlaggebende Komponente ist.

Als weiteres Argument gegen einen erhöhten Schadenersatz wird die Befürchtung genannt, dass Private zu „Kopfgeldjägern“ und „Ersatzbehörden“ werden könnten. In diesem Zusammenhang sei auch auf die Sorge verwiesen, dass es aufgrund eines erhofften Profits zu einer Flut unbegründeter Klagen kommen könnte.

Aus dem Courage-Urteil folge auch, dass lediglich der erlittene Schaden zu ersetzen ist. Von einer zusätzlichen Abschreckungs- und Strafwirkung spricht der EuGH jedoch nicht.³⁰³ Man argumentiert, dass die Tatsache, dass der Gerichtshof nur explizit über Schadenersatz abgesprochen hat, impliziert, dass andere rechtspolitische Ziele nicht berücksichtigt werden sollten.

Das Ziel, vor allem stand-alone actions – also Klagen ohne vorherige Untersuchung durch eine Wettbewerbsbehörde – zu stärken, werde nach Ansicht der Gegner des erhöhten Schadenersatzes verfehlt. Es komme allenfalls zu ungerechtfertigten Gewinnen bei Klägern,

³⁰³ Siehe Stellungnahme des dt. Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie und des Bundeskartellamtes, 6 f.

die ohnehin sog. follow-on actions – also Klagen nach einer Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörde – anstrengen.³⁰⁴

Als weiteres Argument gegen einen höheren Schadenersatz wird angeführt, dass nicht die wahren Verantwortlichen innerhalb der Unternehmen bestraft werden. Da der Zeitraum zwischen der eigentlichen Kartellrechtsverletzungshandlung und der Zusprechung von Schadenersatz zumeist beträchtlich sei, werden in den meisten Fällen die Verantwortlichen Personen nicht mehr in dem bestraften Unternehmen tätig sein. Durch den erhöhten Schadenersatz werde nun das gesamte Unternehmen bestraft, welches an der schädlichen Willensbildung nicht beteiligt war. Viel sinnvoller sei es hingegen, die für die Verletzungshandlung verantwortlichen Personen zur Rechenschaft zu ziehen. Das kann durch die strafrechtliche Verfolgung von Kartellrechtsverletzungen geschehen. Diese unter dem Begriff „individualisation of responsibility“ in der Lehre genannte Maßnahme würde die Abschreckung deutlich erhöhen.³⁰⁵

Zuletzt sei angeführt, dass Bedenken im Zusammenhang mit dem Kronzeugenprogramm geäußert werden. Bereits der einfache Schadenersatz schrecke viele Unternehmer von einer Teilnahme ab. Die Einführung eines doppelten Schadenersatzes würde aber nach Ansicht der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde das Ende der „leniency programmes“ führen. Ein Unternehmer der fürchten muss, den doppelten Schadenersatz leisten zu müssen, würde in den seltensten Fällen einer Behörde akkurate Auskunft über seine Geschäftspraktiken geben.³⁰⁶

Befürworter eines Strafschadenersatzes stellen vor allem den Abschreckungseffekt in den Vordergrund. Es wird argumentiert, dass die Aufklärungsrate im europäischen Raum derart schlecht sei, dass eine wirksame Abschreckung nur durch erhöhte Schadenersatzansprüche gewährleistet werden könne.³⁰⁷ Auch soll der Beklagte nicht davon profitieren, dass keine öffentliche Rechtsverfolgung stattfindet. In diesem Fall müsse er ja nur den Schadenersatzbetrag und kein Bußgeld leisten.

³⁰⁴ Siehe *Freshfields/Bruckhaus/Deringer*, Response to Commission of the European Communities Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, 11f.

³⁰⁵ Siehe *Freshfields/Bruckhaus/Deringer* aaO, 12f.

³⁰⁶ Siehe Stellungnahme der Bundeswettbewerbsbehörde zum Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 8f.

³⁰⁷ *Baker & McKenzie*, Response to Green Paper on Private Enforcement, 11f.

Darüber hinaus diene die Überkompensation als Starthilfe für das System der privaten Klagen durch Anreize für Kläger. In einer späteren Phase könnte dann ein einfacher Schadenersatz eingeführt werden.

Das Bundesministerium für Konsumentenschutz fordert neben der vollen Genugtuung auch die Möglichkeit der Rückforderung von unrechtmäßig erzielten Gewinnen. Gerade bei Verbraucherklagen sei der persönliche Verlust des Klägers schwer zu beurteilen. Als Ausgleich dafür soll die Herausgabe des Gewinnes dienen.³⁰⁸

Naturgemäß für einen erhöhten Schadenersatz treten Juristen aus den Vereinigten Staaten ein. Neben einem fixen System eines mehrfachen Schadenersatzes, gibt es auch den Vorschlag der Loyola University of Chicago, wonach ein Geschädigter zwischen einem für eine bestimmte Fallgruppe festgelegten Pauschalschadenersatzbetrag und einem höheren, zu beweisenden Schadenersatzbetrag im Einzelfall wählen können soll.³⁰⁹

7. Zusammenfassende Bewertung

ME sprechen bei der privaten Durchsetzung von Schadenersatz aufgrund einer Kartellrechtsverletzung gewichtige Gründe gegen eine Implementierung eines erhöhten Schadenersatzes.

Der immer wieder ins Treffen geführte fehlende Anreiz des Klägers eine Schadenersatzklage anzustrengen darf nicht zu punitive damages nach amerikanischem Vorbild führen. Zu groß ist mE die Gefahr einer Flut von unbegründeten Klagen. Außerdem widerspricht eine Abschreckungswirkung dem System des Schadenersatzes, der lediglich einen Ausgleich für erlittenen Schaden darstellen soll. Es ist nicht einzusehen, dass derjenige, der einen Schaden erlitten hat, mehr als einen Ausgleich des erlittenen Schadens erhalten soll. Wenn der Schädiger zur Abschreckungswirkung einen Geldersatz leisten muss, dann soll dieser

³⁰⁸ Bundesministerium für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, Grünbuch der Europäischen Kommission vom 19.12.2005, 12f.

³⁰⁹ Siehe zu diesem Vorschlag oben unter „Stellungnahmen zum Grünbuch“.

Geldersatz auch der Allgemeinheit zu Gute kommen. Das wird durch Bußgelder, die von den Wettbewerbsbehörden verhängt werden, gewährleistet.

Die immer wieder angeführte erhöhte Abschreckungswirkung durch einen erhöhten Schadenersatz kann auch durch höhere Bußgelder erreicht werden. Nebenbei sei bemerkt, dass Wettbewerbsbehörden bereits jetzt empfindliche Bußgelder verhängen, die durchaus eine gewisse Abschreckungswirkung entfalten.³¹⁰

Dass das Prozessrisiko im Verhältnis zu einem relativ geringen Schaden insbesondere für geschädigte Verbraucher eine abschreckende Wirkung entfaltet, ist unbestritten. Diese Wirkung muss jedoch nicht unbedingt durch einen erhöhten Schadenersatz gemildert werden. ME wäre eine Form der Sammelklage oder small-claims procedure besser geeignet, dieses Problem zu lösen. Es wird dann auch dogmatisch einwandfrei ein prozessuales Problem durch ein prozessuales (und nicht materiell rechtliches) Mittel gelöst.

Dass die Kommission den zu ersetzenden Schaden als erlittenen Schaden samt entgangenem Gewinn und Zinsen definiert, entspricht den Mindestvorgaben der Manfredi-Entscheidung.³¹¹ Problematisch in Bezug auf die österreichische Rechtslage ist jedoch, dass der entgangene Gewinn nach allgemeinem österreichischem Schadenersatz nur bei groben Verschulden ersetzt wird. Eine Unterscheidung zwischen Fälle des groben und leichten Verschuldens wird im Grün- bzw Weißbuch der Kommission nicht vorgenommen. Entschärft wird diese Problematik jedoch dadurch, dass die Kommission bei einem entschuldbaren Rechtsirrtum des Schädigers einen Schadenersatzanspruch verneint. Für die Praxis sind daher nur schwerlich Fälle denkbar, in denen ein Schädiger zwar keinen entschuldbaren Rechtsirrtum darstellen kann (er also von einem Verstoß gegen das Wettbewerbs wusste oder wissen hätte müssen), er sich jedoch auf leichtes Verschulden berufen kann. Somit deckt sich zwar rein formal das österreichische Recht nicht mit den europäischen Vorgaben. In der Praxis wird jedoch das gleiche Ergebnis erzielt.

³¹⁰ Man beachte beispielsweise die jüngst verhängte Geldbuße von insgesamt EUR 992,3 Mio für vier Aufzugs- und Fahrtreppenhersteller.

³¹¹ Siehe dazu oben unter dem Kapitel „Der Fall Manfredi“.

Es ist daher mE zu begrüßen, dass die Kommission die Option eines Strafschadenersatzes nicht aufgenommen hat und den Schaden im Weißbuch als erlittenen Schaden samt entgangenem Gewinn und Zinsen definiert.

D. Zinsen

In Österreich, wie auch in den meisten anderen Mitgliedstaaten ist anerkannt, dass nicht nur der bloße Schaden, sondern auch Zinsen zu ersetzen sind.

Unterschiede zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten gibt es bezüglich der Höhe der Zinsen und dem Zeitpunkt, ab dem Zinsen zugesprochen werden. Beide Elemente müssen so gewählt werden, dass nicht bloß der nominelle, sondern der reale Wert des Schadens ersetzt wird.

1. Mögliche Zeitpunkte

Mögliche Zeitpunkte ab denen Zinsen berechnet werden können sind der Zeitpunkt der Verletzungshandlung, der Zeitpunkt des Eintritts der Verletzung, der Zeitpunkt des Zugangs der Zahlungsaufforderung, der Zeitpunkt des Zuganges der Aufforderung die Verletzungshandlung zu unterlassen, der Zeitpunkt des Zuganges der Klage bei Gericht, der Zeitpunkt des Zuganges der Ladung und der Zeitpunkt des Urteiles.

2. Zinsen in europäischen Rechtsordnungen

In vielen Mitgliedstaaten hat das Gericht bezüglich der Höhe der Zinsen Ermessensspielraum. Beispielsweise stellte der englische High Court im Fall *Crehan v Intntrepreneur Pub Company* fest, dass von der normalen Regel, dass der Schaden im Zeitpunkt des Schadenseintritt bewertet wird auch abgegangen werden kann und der Schaden auch im Zeitpunkt des Urteils festgestellt werden kann. Das wird insbesondere in Zeiten hoher Inflation, wenn normale Zinsen keine akzeptable Form des Ausgleichs darstellen der Fall sein.³¹²

³¹² Zum Fall *Crehan v Intntrepreneur Pub Company* siehe oben das entsprechende Kapitel.

4. Österreichisches Recht

Bei Geldforderungen gebühren dem Gläubiger gesetzliche Zinsen, wenn der Schuldner mit der Zahlung im Verzug ist (§1333 ABGB). Sie sind verschuldensunabhängig.³¹³ Nach § 1000 ABGB beträgt der gesetzliche Zinssatz 4%. In Österreich wurde aber der Bereich für einen höheren Zinssatz gemäß der Richtlinie 2000/35/EG auch auf alle Klagen ex contractu ausgedehnt. Dies beinhaltet auch Schadenersatzklagen aus dem Bruch eines Händlervertrags.³¹⁴ Demnach kann eine Vertragspartei, die durch eine Verletzung der EG-Wettbewerbsregeln Schaden erlitten hat, einen Anspruch auf höhere Zinsen geltend machen. Dieser höhere gesetzliche Zinssatz setzt sich aus einem Basiszinssatz (derzeit 1,47%) und einem festen Prozentsatz von 8% zusammen.

Nach § 1000 ABGB können Zinseszinsen seit dem Zeitpunkt der Klagseinbringung geltend gemacht werden. Generell beträgt dieser Zinssatz 4%.

4. Die Vorschläge des Grünbuchs und die Behandlung im Weißbuch

Das Zugestehen von Zinsen kann als weiteres Mittel dienen, um der privaten Durchsetzung des Kartellrechts zum Durchbruch zu verhelfen. Vereinzelt werden deshalb Stimmen laut, die das Zusprechen von erhöhten Zinsen verlangen, um den Abschreckungseffekt für Unternehmer und den Anreiz für Private zu erhöhen.³¹⁵

Im Grünbuch wird in Option 17 vorgeschlagen, Geschädigten die Möglichkeit der Geltendmachung von Zinsen zu eröffnen. Als relevanter Zeitpunkt des Beginns der Berechnung wird der Zeitpunkt der Verletzungshandlung bzw des Schadenseintritts genannt. Obwohl im Arbeitspapier zum Grünbuch³¹⁶ auch die Abschreckungswirkung von Zinsen durch Zinseszinsen und erhöhten Zinsen angesprochen wird, findet sich in Option 17 keine

³¹³ *Koziol/Welser II*, 32.

³¹⁴ Siehe EB RV 1167 GP XXI, 10.

³¹⁵ Erhöhte Zinsen wurden bereits im Kampf gegen verspätete Zahlungen bei wirtschaftlichen Transaktionen und deren Richtlinie (RL 2000/35/EG) angewandt.

³¹⁶ Commission of the European Communities, Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper, Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672 final, Absatz 124, 151.

derartige Möglichkeit. Im Grünbuch selbst wird lediglich die Geltendmachung von Zinsen zur Diskussion gestellt, ohne diese näher zu umschreiben.

Im Weißbuch werden Zinsen ebenfalls nicht als eigenes Kapitel behandelt und lediglich kurz im Rahmen des Umfangs des Schadenersatzes gestreift. Hierzu wird lediglich darauf verwiesen, dass dem Geschädigten Zinsen zustehen sollen. Eine nähere Beschreibung der Berechnung der Zinsen findet sich weder im Weißbuch noch im Arbeitspapier dazu.

5. Stellungnahmen

Aufgrund der Tatsache, dass das Thema der Zinsen als einzelne Option im Thema Umfang des Schadenersatzes „versteckt“ ist, finden sich relativ wenige Stellungnahmen zu diesem Thema. Jene Stimmen, die auf dieses Thema eingehen, sind einhellig zumindest für Zinsen, die seit dem Tag der Klagseinbringung zu bezahlen sind. Dabei handle es sich nicht um *de facto* punitive damages, sondern um einen bloßen Ausgleich für die Geldentwertung.³¹⁷ Die Mehrheit der Stellungnahmen ist auch für einen Anspruch auf Zinsen seit dem Tag der Schädigung.³¹⁸ Seitens der Industrie wird darüber hinaus ein Anspruch auf Zinsen seit dem Tag der Schädigungshandlung strikt abgelehnt, weil dieser Zeitpunkt nicht notwendigerweise mit dem Zeitpunkt des Eintrittes des Schadens zusammenfallen müsse und deshalb nicht einzusehen sei, warum dem Geschädigten schon ab diesem Zeitpunkt ein Anspruch auf Zinsen zustehen sollte.³¹⁹

6. Zusammenfassende Bewertung

ME ist jener Meinung zu folgen, die für einen Anspruch auf Zinsen seit dem Eintritt des Schadens plädiert. Die Frage des Anspruches auf Verzinsung ist eng mit dem Thema des (erhöhten) Strafschadenersatzes verknüpft und so verwundert es auch nicht, dass sich die Frage nach den Zinsen im Kapitel des Umfangs des Schadenersatzes findet. Tritt man für

³¹⁷ So zB *Baker & McKenzie*, Response to Green Paper on Private Enforcement, 11.

³¹⁸ So zB Stellungnahme des Bundesministerium für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz, 12; Stellungnahme der österreichischen Industriellenvereinigung zum Grünbuch der Kommission wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 8.

³¹⁹ Stellungnahme der österreichischen Industriellenvereinigung zum Grünbuch der Kommission wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 8.

punitive damages ein, so wird man alternativ oder kumulativ zu einem Schadenersatzanspruch auch erhöhte Zinsen seit dem Zeitpunkt der Verletzungshandlung fordern. Da mE aber ein Strafschadenersatz aus den bereits dargelegten Gründen abzulehnen ist, ist lediglich der erlittene Schaden auszugleichen. Zinsen sollen den Wertverlust der Forderung kompensieren. Um den Geschädigten nicht ungerechtfertigt zu bereichern, ist daher nach der hier vertretenen Auffassung lediglich ein Anspruch auf Zinsen ab dem Zeitpunkt des Schadenseintrittes zu gewähren.

E. Passing on Problematik

1. Grundproblematik

Erhöht ein Kartell oder ein dominantes Unternehmen die Preise, so trägt der Abnehmer einen Schaden davon, weil er mehr als den objektiven Marktpreis zahlen muss. Regelmäßig ist jedoch nicht der Konsument der direkte Abnehmer, sondern es finden sich eine Reihe von Zwischenhändlern (Großhändler, Vertrieb, Einzelhändler etc.) auf der Vertriebskette vor dem Endverbraucher.

Um keinen Verlust zu erleiden, werden diese Zwischenhändler regelmäßig die erhöhten Preise – zumindest teilweise – an die jeweiligen Abnehmer weitergeben. Somit kann der Schaden theoretisch bis zu 100% an den Endverbraucher weitergegeben werden.

Fraglich ist nun, ob es dem direkten Abnehmer gestattet sein soll, eine Klage einzubringen, obwohl er die Preiserhöhung weitergegeben hat und daher keinen Schaden erlitten hat bzw ob dem Schädiger die Einrede des fehlenden Schadenseintrittes zustehen soll. Im Zusammenhang damit steht die Frage, ob dem indirekten Käufer das Recht zustehen soll, Schadenersatzklagen gegen die Betreiber des Kartells einzubringen.

Zentrales Problem beim Zulassen der Einrede des fehlenden Schadens (sog „passing on defense“) ist einerseits die Steigerung der Komplexität der Schadenersatzklagen und andererseits eine erhöhte Beweisproblematik.

2. Europäische Rechtsprechung

Auf europäischer Ebene ist zunächst die Courage - Entscheidung von Bedeutung.³²⁰ In Absatz 30 wurde festgehalten, dass

„...das Gemeinschaftsrecht die innerstaatlichen Gerichte nicht daran hindert, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führt.“³²¹

Diese Passage ist im Kontext der Judikatur des EuGH im Zusammenhang mit Fragen der Haftung der Gemeinschaft und Klagen von Unternehmen gegen Mitgliedstaaten wegen illegal verhängten Zöllen zu sehen. Es ist deshalb fraglich, ob die bisherige Linie des Gerichts auch auf Wettbewerbsprozesse anwendbar ist. Einerseits ist die genaue Berechnung und Aufteilung des Schadenersatzanspruches auf die einzelnen Ebenen der Lieferkette äußerst komplex und aufwendig. Andererseits spricht der EuGH in der Judikatur nie von der „passing on defense“, sondern nur davon, dass innerstaatliches Recht, dass die *ungerechtfertigte Bereicherung* verhindern will, nicht berührt wird. Das Weitergeben des erhöhten Preises und Einklagen des Schadens führt aber nicht notwendigerweise zu einer ungerechtfertigten Bereicherung, weil ein erhöhter Preis zu geringeren Verkaufszahlen führen kann.

In den späteren Fällen Comateb und Weber³²² wurden die Weitergabe der Erhöhung und die ungerechtfertigte Bereicherung als kumulative Bedingungen genannt.

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass es nach der Judikatur der europäischen Gerichte keine „passing on defense“ sondern eine „unjust enrichment defense“ (also die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung) gibt, wonach der Beweis der Weitergabe der Preiserhöhung und der Beweis, dass keine Verkaufseinbußen oder eine andere Reduktion des Einkommens erlitten wurde, erbracht werden muss.

Im Fall San Giorgio sprach der EuGH aus, dass eine nationale Bestimmung, wonach die Beweislast für das nicht Weitergeben den Kläger trifft, mit dem Gemeinschaftsrecht nicht

³²⁰ Siehe dazu oben unter Kapitel „Der Fall Courage-Crehan“.

³²¹ Siehe u.a. Urteile vom 4.10.1979, Rs. 238/78, Ireks-Arkady/Rat und Kommission, Slg. 1979, 2955, Randnr. 14, und vom 27.2.1980, Rs. 68/79, Just Slg. 1980, 501, Randnr. 26.

³²² Fall C-192/95 Comateb und andere gegen Directeur général des douanes et droits indirects [1997] ECR I-165 ; C-147/01 Weber’s Wine World [2003] ECR I-11365.

vereinbar ist, weil eine solche Bestimmung das Einklagen von zu Unrecht verhängten Beträgen unmöglich oder unverhältnismäßig schwierig mache. Nach Gemeinschaftsrecht muss der Beklagte die Weitergabe beweisen. In der Praxis dürfte sich das als sehr schwierig erweisen.³²³

Bezüglich der Klagebefugnis des indirekten Käufers in Kartellrechtsangelegenheiten gibt es keine eindeutige Position der europäischen Gerichte. Aus der Courage Entscheidung wonach „...jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist“³²⁴, ist abzuleiten, dass eine Klage des indirekten Käufers zulässig ist. Dies bestätigen die Prinzipien, die bereits in der vorangegangenen Judikatur dargelegt worden waren.³²⁵

Es soll nicht jenen, die am wahrscheinlichsten von erhöhten Preisen betroffen sind, das Recht genommen werden, ihren Anspruch durchzusetzen. Dies erhöht jedoch die Komplexität, weil auf jeder Stufe die Weitergaberate ermittelt werden muss. Zusätzlich wird der Anreiz für potentiell erfolgreiche Kläger gemindert wenn sie wissen, dass sie nur einen Teil als Ersatz fordern können. Zuletzt kommt es zu einer Erhöhung der Abwicklungskosten, weil sich die Zahl der Kläger erhöht und die Komplexität gesteigert wird.

3. Passing on defense in den Vereinigten Staaten

Erstmals thematisiert wurde die passing-on defense in den Vereinigten Staaten im Fall *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp*³²⁶. Der Kläger behauptete, für Produkte des Beklagten aufgrund einer Monopolstellung überhöhte Preise bezahlt haben zu müssen. Der Beklagte dagegen wandte ein, dass diesem aufgrund der Preisweitergabe an dessen Abnehmer kein Schaden entstanden sei. Der Supreme Court entschied, dass diese Einrede nicht zulässig sei und dem Kläger wurde der volle Betrag zugesprochen, unabhängig davon, ob eine Weitergabe erfolgt war oder nicht.

³²³ Rs. 199/82 - Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen San Giorgio, Slg. 1983, 3595.

³²⁴ Siehe Courage Entscheidung Randnr. 2.

³²⁵ Rs. C-282/95 P Guérin Automobiles/Kommission, Slg 1997, I-1503, Randnr. 39.

³²⁶ *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

Über die umgekehrte Situation wurde in *Illinois Brick Co. v. Illinois* abgesprochen.³²⁷ In diesem Fall war es nicht der Beklagte, sondern der Kläger, der die passing-on defense aufgrund seiner Stellung als indirekter Käufer verwenden wollte. Er argumentierte, dass der Beklagte ein Kartell betrieben hatte und dessen Abnehmer die Preiserhöhung an den Kläger weitergegeben hatte. Auch hier lehnte der Supreme Court den Gedanken des passing-on ab und entschied, dass der Kläger keinen Anspruch auf Ersatz der Preiserhöhung hatte.

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass in den Vereinigten Staaten passing-on auf Bundesebene weder einen tauglichen Klagsgrund noch eine erfolgversprechende Einrede darstellt. Der direkte Abnehmer kann die Rückzahlung der gesamten Preiserhöhung durchsetzen, auch wenn er sie an seine Abnehmer zur Gänze weitergegeben hat. Der indirekte Käufer dagegen hat keinen Anspruch gegen den Konspiranten des Kartells.

Eine beachtliche Anzahl an Bundesstaaten haben deshalb auf Bundesstaatsebene Gesetze beschlossen, die den Effekt des *Illinois Brick* Urteils aufheben oder die jeweiligen Bundesstaatsgesetze so interpretiert, dass eine Klagsberechtigung des indirekten Käufers möglich ist. In der Rechtssache *California v. ARC Am. Corp.* sprach der Supreme Court aus, dass dies den einzelnen Bundesstaaten grundsätzlich gestattet sei.³²⁸

4. Österreichisches Recht

Nach derzeit geltendem österreichischem Recht wäre eine solche „passing on defense“ jedenfalls zulässig. Schließlich ist die erste Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches das Vorliegen eines Schadens. Kann der Geschädigte keinen Schaden nachweisen, besteht kein Anspruch. Aus österreichischer Sicht ist auch zu betonen, dass nicht nachvollziehbar ist, warum eine solche Verteidigung nicht zulässig sein soll. Es soll ja nur derjenige einen Ausgleich erhalten, der auch geschädigt wurde. Liegt keine Beeinträchtigung vor, kann auch kein Ersatz für eine solche geltend gemacht werden. Es sind also die allgemeinen Regeln über die Vorteilsausgleichung nach § 1191 ABGB anzuwenden.

³²⁷ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 735 (1977).

³²⁸ *California v. ARC Am. Corp.*, 490 U.S. 93 (1989).

Bezüglich der aktiven Klagslegitimation ist nach österreichischem Recht sowohl der direkte als auch der indirekte Abnehmer berechtigt. Jeder Geschädigte kann nur den Schaden geltend machen, den er erlitten hat. Der Preis für die erhöhte Verteilungsgenauigkeit ist die Komplexität des Verfahrens. Die Praxis wird zeigen, ob die Länge solcher Verfahren eine Änderung der Verfahrensregeln erforderlich machen. Die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde sieht hier jedenfalls keine Veranlassung, von den allgemeinen Regeln des Schadenersatzes abzuweichen.³²⁹

5. Die Vorschläge des Grünbuchs

Im Grünbuch der Kommission werden dazu vier Optionen erwogen. Die erste Option (Option 21) lässt die „passing on defense“ zu, wobei sowohl der direkte als auch der indirekte Abnehmer klageberechtigt sind. Es wird jedoch im Rahmen dieses Vorschlags ausdrücklich darauf hingewiesen, dass diese Möglichkeit auf massive Probleme stoßen könnte. Es könnte nämlich einerseits die Klage des direkten Abnehmers mit der „passing on defense“ und andererseits jene des indirekten Abnehmers aufgrund der schwierigen Beweislage abgewiesen werden.

In der zweiten Option (Option 22) ist die „passing on defense“ ausgeschlossen und nur Direktabnehmer sind klagsberechtigt. Als Vorteil wird die leichtere Zugänglichkeit des direkten Käufers zu Beweisen, die höhere Wahrscheinlichkeit einer Klage und der damit verbundene Abschreckungseffekt genannt.

Als dritte Möglichkeit (Option 23) ist vorgesehen, dass die „passing on defense“ unzulässig ist und sowohl direkte als auch indirekte Abnehmer klageberechtigt sind. Der Vorteil liegt im verringerten Aufwand für die Kläger. Der Nachteil liegt jedoch in der möglichen mehrfachen Verurteilung des Beklagten, weil sowohl der indirekte als auch der direkte Abnehmer einen Schadenersatzanspruch haben.³³⁰

³²⁹ Stellungnahme der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde, 9.

³³⁰ Kritisch dazu auch die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde, Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission, 9.

Als letzte Alternative (Option 24) wird im Grünbuch ein zweistufiges Verfahren, bei dem die „passing on defense“ ausgeschlossen ist und der Schädiger von jedem Geschädigten geklagt werden kann, angedacht. Die Höhe des Schadens bleibt bei der ersten Stufe zunächst außer Betracht. Erst in einem zweiten Schritt wird der überhöhte Kaufpreis zwischen allen Parteien, die einen Schaden erlitten haben, aufgeteilt. Diese höchst komplexe Methode hat den Vorteil, dass jeder Geschädigte angemessenen Ersatz für die erlittene Beeinträchtigung erhält.

6. Vorschläge des Weißbuchs

Im Weißbuch der Kommission wird vorgeschlagen, eine passing on defense für die beklagte Partei zuzulassen. Die Kommission erkennt jedoch das Problem des Endabnehmers, die erforderlichen Beweise für die Abwälzung und den Umfang der Abwälzung rechtswidriger Preisaufschläge über die Vertriebskette zu beweisen. Kann der Kläger die erforderlichen Beweise nicht erbringen, wird ihm kein Ausgleich zugesprochen, während dem Rechtsverletzer eine ungerechtfertigte Bereicherung zuteil würde. Deswegen schlägt die Kommission im Weißbuch vor, dass indirekte Abnehmer sich auf die widerlegliche Vermutung berufen können, dass der rechtswidrige Preisaufschlag in vollem Umfang auf sie abgewälzt wurde. Es findet also eine Beweislastumkehr statt.

7. Stellungnahmen

Vertreter der Industrie sprechen sich für eine Zulässigkeit der „passing on defense“ aus. Man verweist diesbezüglich auf die allgemeinen Grundsätze des Schadenersatzrechts, wonach nur derjenige einen Anspruch auf Ersatz habe, der auch einen Schaden erlitten habe. Müsste ein Schädiger doppelt leisten, käme dies einem Strafschadenersatz gleich. Nachdem Option 24 auf erhebliche technische Schwierigkeiten stoße, stelle lediglich Option 21 eine akzeptable Lösung dar.³³¹

Stimmen aus der Praxis treten für einen Kompromiss zwischen ordnungsgemäßer Verteilung des Schadenersatzes und Praktikabilität ein. Demnach soll der indirekte Abnehmer

³³¹ Stellungnahme der österreichischen Industriellenvereinigung zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 10.

grundsätzlich von einer Klagemöglichkeit ausgeschlossen werden. Dafür soll es Verbraucherorganisationen ermöglicht werden, diese Beträge einzuklagen. Eine Verteilung an jeweils betroffene sollte durch diese Verbraucherverbände erfolgen.³³²

Andere Praktiker treten für eine Lösung nach Option 21 ein, ohne besondere weitere Regeln zu schaffen. Die nationalen Beweislastregeln reichten aus um eine angemessene Lösung im Einzelfall herbeizuführen. Eine Einführung von Regeln gemäß der Optionen 22 und 23 würde die Waffengleichheit im Prozess ungerechtfertigt zugunsten des Klägers verschieben und würde gleichzeitig nicht das gewünschte Ergebnis der Forcierung von privaten Klagen bringen.³³³

Vereinzelt wird gefordert, eine passing on defense zwar zuzulassen, aber gleichzeitig eine spezielle Offenlegungspflicht einzuführen. Der Kläger müsste Unterlagen über die Kostenstruktur und die Preispolitik dem Beklagten weitergeben. Aus diesen Unterlagen könnte der Beklagte Beweise für eine Rechtfertigung der Einrede erlangen.³³⁴

Nach Ansicht von Praktikern in den Vereinigten Staaten zeige die Erfahrung mit dem Illinois Brick Prinzip, dass das Risiko einer mehrfachen Klage ein vernachlässigbares ist.³³⁵ Eine passing on defense würde die private Rechtsdurchsetzung ineffektiv machen.

Teile der amerikanischen Lehre³³⁶ kritisieren die Urteile des Supreme Court jedoch scharf. Aus historischen Gründen habe sich das Gericht zum damaligen Zeitpunkt gezwungen gesehen, sich zwischen einem Anspruch des direkten und des indirekten Käufers aus dem Bundeskartellrechtsgesetz zu entscheiden. Dies wäre nach Ansicht vieler nicht notwendig gewesen und widerspreche den allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechtes. Das Zulassen der aktiven Klagslegitimation für indirekte und direkte Käufer in Verbindung mit einem durchdachten Sammelklagensystem für Verbraucher sei wünschenswert. Insbesondere Konsumenten eine Klagslegitimation zu verweigern, laufe einem Grundgedanken des

³³² *Baker & McKenzie*, Response to Green Paper on Private Enforcement, 12.

³³³ *Freshfields /Bruckhaus/ Deringer*, Response to Commission of the European Communities DG Competition Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, 13.

³³⁴ *Freshfields /Bruckhaus/ Deringer*, Response to Commission of the European Communities DG Competition Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, 13.

³³⁵ *Bulst*, 329ff.

³³⁶ Vertretend für viele: *Spencer Weber Waller*, Institute for Consumer Antitrust Studies, Loyola University Chicago School of Law, Review of Damages Actions for Breach of EC Antitrust Rules, 6.

Kartellrechtes zuwider und ist gerade dort abzulehnen, wo die jeweiligen Interessenlagen zwischen dem direkten Abnehmer und dem Endverbraucher divergieren. In den Vereinigten Staaten konnte man diese Defizite nur durch die föderale Struktur lösen, indem indirekte Käufer nach den Gesetzen des jeweiligen Bundesstaates klagen können. Diesen Umweg sollte die europäische Gemeinschaft vermeiden.³³⁷

Nach Ansicht von *Bulst*³³⁸ wäre es sinnvoll, die passing on defense für Klagen des direkten Abnehmers auszuschließen. Gegenüber einem indirekten Käufer sollte sie jedoch eingeführt werden. Dies würde für die richtige Balance zwischen den Zielen der Abschreckung und der Kompensation sorgen. Die Beweislast müsste jedoch die beklagte Partei tragen. Eine Beweislast auf Seiten des klagenden indirekten Käufers würde die Erfolgchancen des Klägers zu stark reduzieren.

Zu Option 24 wurde vorgeschlagen, den erzielten Betrag einem Treuhänder zur Verwahrung zu übergeben. Opfer einer Preiserhöhung können danach den Treuhänder auf Auszahlung des ihnen zustehenden Schadenersatzbetrages klagen.³³⁹ Dieses System würde nach anderer Ansicht in der Praxis sehr bald an ihre Grenzen stoßen. Die Kosten der Aufteilung unter den einzelnen angeblichen Opfern würden wohl bald den gesamten Fonds geleert haben. Ein weiteres Problem stellen die zu erwartenden Verzögerungen und Schwierigkeiten dar, die sich aus dem Streit über die Kontrolle über die Prozessführung ergeben.³⁴⁰

8. Zusammenfassende Bewertung

Zu Option 21 („passing on defense ist zulässig, direkte und indirekte Abnehmer sind klagsberechtigt) ist anzumerken, dass hier – wie im Grünbuch richtig ausgeführt – das Risiko besteht, dass der indirekte Abnehmer seinen Schaden gar nicht oder nur sehr schwer beweisen kann. Schließlich ist nur schwer nachweisbar, in welchem Umfang der direkte Abnehmer eine Preiserhöhung weitergegeben hat und inwiefern daher ein Schaden beim indirekten Abnehmer

³³⁷ *Spencer Weber Waller*, aaO.

³³⁸ *Bulst*, 322 ff., 348f.

³³⁹ *Freshfields /Bruckhaus/ Deringer*, Response to Commission of the European Communities DG Competition Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, 14.

³⁴⁰ Ablehnend zu dieser Option auch die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde in ihrer Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission, 9.

entstanden ist. Der Vorteil dieser Option ist dagegen, dass eine hohe Verteilungsgenauigkeit angestrebt wird. Der direkte und der indirekte Abnehmer bekommen jeweils nur jenen Schaden ersetzt, den sie erlitten haben.

ME liegt die Lösung dieses Problems in einer Neuregelung der Beweislastverteilung. In jenen Fällen, in denen der direkte Abnehmer klagt und der Beklagte die Einrede der weitergegebenen Preiserhöhung erhebt, muss ohnehin der Beklagte seine Behauptung beweisen. Hier stellt sich das Problem der schwierigen Beweisbarkeit für den Beklagten. Er muss beweisen, dass der erhöhte Preis weitergegeben wurde, obwohl ihm diese Information nur schwer zugänglich ist. In diesem Fall müsste der Kläger verpflichtet sein, diese Behauptung zu widerlegen, es kommt hier also zu einer Beweislastumkehr.

Der vorgeschlagenen Offenlegungspflicht des Klägers für diese Fälle ist entgegenzuhalten, dass eine Offenlegungspflicht den Nachteil hätte, dass Informationen pauschal und nicht zielgerichtet vorgelegt werden müssten, ohne dass dies im Einzelfall erforderlich wäre. Der Kläger müsste womöglich Geschäftsgeheimnisse offen legen, deren Inhalt größtenteils irrelevant für den Beweis des passing on ist. Bei einer Beweislastumkehr kann der Kläger selbst entscheiden, welche Daten offengelegt werden, die für die Anspruchsverfolgung zweckdienlich sind. Geschäftsgeheimnisse würden so eher geschützt.

Gleichzeitig würde auch der Kläger vor einem Ausnutzen der Situation durch den Beklagten geschützt. Dieser könnte unter dem Vorwand der passing on defense die Herausgabe von wichtigen Unterlagen verlangen um seinen Standpunkt zu verteidigen. Bei der Beweislastumkehr kann der Kläger selbst entscheiden, aus welchen Dokumenten er beweisen kann, dass eine Weitergabe der Erhöhung nicht erfolgt ist.

In jenen Fällen in denen der indirekte Abnehmer klagt, sollte mE der Beklagte beweisen, zu welchen Kosten er an den direkten Abnehmer geliefert hat. Der Kläger hingegen müsste verpflichtet sein nachzuweisen, zu welchen Preisen er vom direkten Abnehmer gekauft hat. Auf diese Weise kann ein Vergleich zwischen den Verkaufspreisen des Herstellers und den Ankaufspreisen des indirekten Abnehmers verglichen werden. Daraus wäre dann ersichtlich, inwiefern der direkte Abnehmer Preiserhöhungen des Herstellers an den indirekten Abnehmer weitergegeben hat.

Problematisch bei dieser Lösung ist, dass automatisch Dauer und Kosten des Verfahrens gesteigert werden. Vor diesem Hintergrund wird in den Vereinigten Staaten dem indirekten Käufer das Klagerecht und die „passing on defense“ mit der Begründung verweigert, dass die Einführung unüberwindbare Hindernisse zur Folge hätte.³⁴¹ Der verursachte Schaden müsste auf jeder Stufe überprüft werden. Dem Schädiger könnte es zum Vorteil gereichen, dass nicht alle privaten Käufer in der Praxis einen Schadenersatzanspruch wegen der Verletzung des Kartellrechtes geltend machen. Dies führe nicht nur zu einem ungerechten Ergebnis, sondern verringere auch den Abschreckungseffekt.

Andererseits wurde die Illinois Brick Regel auch in den Vereinigten Staaten kritisiert, da durch ein Zulassen der aktiven Klagslegitimation die Schadenersatzsumme weiter in die Höhe getrieben wird. Bedenkt man, dass der Kläger den dreifachen Schadenersatz beanspruchen kann, so kommt es bei einem Ausschluss der passing on defense zu einem weiteren Kläger, also muss der Beklagte insgesamt den sechsfachen Schaden begleichen. Allein das zeigt auch mE, dass das US System, mit ihren punitive damages und dem Ausschluss der passing on defense zu keinem wünschenswerten Ergebnis führt und hier der Preis für eine mögliche Abschreckungswirkung zu hoch ist.

Das Ziel muss daher ein Kompromiss zwischen der vollen Kompensation aller indirekten Käufer und der Effizienz der Durchsetzung des Systems des Private Enforcement sein. Im Sinne einer ganzheitlichen Betrachtung und Abstimmung aller Maßnahmen aufeinander wäre es bezüglich der Ansprüche von Einzelabnehmer beispielsweise denkbar, eine besondere Verfahrensart für einen geringen Streitwert zu schaffen oder ein System der Sammelklage einzuführen.

Option 22 (Ausschließen der „passing on defense“, nur Direktabnehmer klagslegitimiert) führt mE zu einem ungerechtfertigten Vorteil für den Direktabnehmer. Er kann einerseits erhöhte Preise an seine Abnehmer weitergeben, andererseits aber das Kartell auf Schadenersatz klagen.³⁴² Das Argument, der direkte Abnehmer wird aus Gründen der

³⁴¹ Hanover Shoe v United Shoe Machinery Corporation, 392 U.S. 481 (1968).

³⁴² So auch *Freshfields /Bruckhaus/ Deringer*, Response to Commission of the European Communities DG Competition Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, 12.

Wettbewerbsfähigkeit die erlangte Summe durch niedrigere Preise an seinen Abnehmer weitergeben, kann nicht überzeugen.

Problematisch wäre diese Lösung auch in Hinblick auf die EuGH- Entscheidung „Courage vs. Crehan“. Demnach soll „jedermann“ Schadenersatz für eine Beeinträchtigung wegen der Verletzung der europäischen Wettbewerbsregeln verlangen können.³⁴³

Es widerspricht auch dem Effektivitätsprinzip, wenn Einzelne von der Durchsetzung subjektiver Rechte ausgeschlossen werden. Als Ausweg aus diesem Dilemma wurde vorgeschlagen, jene Kläger, deren Anspruch eine gewisse Schwelle nicht übersteigt, durch eine Organisation vertreten werden (zB Schwelle von EUR 500,--).³⁴⁴

Eine mögliche Lösung für dieses Problem wäre mE der gesetzlich normierte Anspruch des indirekten Käufers, sich beim direkten Verkäufer schadlos zu halten. Somit würde in einem ersten Schritt der direkte Käufer den gesamten Schadenersatz vom Schädiger fordern und der indirekte Käufer in einem zweiten Schritt den weitergegebenen Schaden geltend machen. Ein Vorteil dieser Konstruktion wäre die erhöhte Effektivität der Durchsetzung. Wenn der Verdacht besteht, zu hohe Preise bei einem Kartell bezahlen zu müssen, ist der direkte Abnehmer gezwungen, das Kartell zu klagen. Schließlich muss er befürchten, von den indirekten Abnehmern selbst geklagt zu werden. Dann müsste er selbst für die weitergegebene Erhöhung aufkommen.

Zu Option 23 (Ausschluss der passing on defense, direkter und indirekter Abnehmer sind klagslegitimiert) ist anzumerken, dass diese die Gefahr birgt, dass sowohl der direkte als auch der indirekte Abnehmer den vollen Schaden einklagen. Da dem Beklagten die passing on Einrede verwehrt ist, muss er in diesem Fall jeweils die volle Höhe begleichen, anstatt nur jeweils den erlittenen Schaden zu bezahlen. Es kommt also zu einem überhöhten Schadenersatz. Wie bereits oben dargestellt, wird nach der hier vertretenen Ansicht ein solcher Strafschadenersatz abgelehnt.

³⁴³ Kritisch dazu auch die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde, Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission, 9.

³⁴⁴ *Baker & McKenzie*, European Competition Law Practice Group, Response to Green Paper on Private Enforcement, 12.

Option 24, wonach ein zweistufiges Verfahren eingeführt werden soll, bei dem die passing on defense ausgeschlossen ist und somit von allen Geschädigten geklagt werden kann und erst in einem zweiten Schritt der erzielte Schadenersatzbetrag zwischen allen Parteien aufgeteilt wird, wirft viele Fragen bezüglich der genauen Modalitäten des Verfahrens auf. Insbesondere geht dieses Model davon aus, dass der Schaden unter allen Geschädigten verteilt wird. Wie genau alle Geschädigten ermittelt werden können, wie die genaue Zuordnung des erlittenen Schadens erfolgt und wie eine reibungslose Verteilung der Gesamtsumme gewährleistet werden kann, bleibt offen. Auch ist unklar, ob der Geschädigte, dem ein Schadenersatzbetrag zugesprochen wird, diesen auch sofort erhält, oder bis zur endgültigen Verteilung auf alle Beteiligten warten muss.

Nachdem zu erwarten ist, dass diese schon auf den ersten Blick aufscheinenden Probleme nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand gelöst werden können und dafür komplett neue Verfahren in den Mitgliedstaaten implementiert werden müssen, ist dieser Option mE der Erfolg versagt.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass nach der hier vertretenen Ansicht jener Option, wonach die passing on defense möglich ist und sowohl der direkte als auch der indirekte Abnehmer klagsberechtigt sind, unter der Voraussetzung, dass in bestimmten Situationen eine besondere Regelung für die Beweislastverteilung getroffen wird, der Vorzug zu geben ist. Eine Lösung wonach die passing on defense ausgeschlossen wird und nur der direkte Abnehmer klagsberechtigt wäre, ist mE nur dann sachgerecht, wenn man dem indirekten Abnehmer die Möglichkeit eröffnet, gegen den direkten Abnehmer bezüglich jenes Betrages vorzugehen, der der Preisweitergabe entspricht.

F. Besondere Verfahren

Zielgruppe für die Maßnahmen der Kommission bezüglich der Verbesserung der privaten Rechtsdurchsetzung bei Verstößen gegen das europäische Wettbewerbsrecht sind vor allem Verbraucher. Gerade diese werden jedoch durch die negativen Begleiterscheinungen eines Zivilprozesses häufig abgeschreckt werden und von einer gerichtlichen Geltendmachung ihrer Ansprüche letztendlich absehen. Zu diesen negativen Begleiterscheinungen zählen das Kostenrisiko, die lange Prozessdauer, sowie administrative Hürden, die mit der Anstrengung eines Prozesses einhergehen. Im Vergleich zum regelmäßig relativ geringen Schaden des Konsumenten sind diese Hürden nach Ansicht der Kommission unverhältnismäßig hoch.

1. Bagatellverfahrens-VO³⁴⁵

Bezüglich der vorgeschlagenen Einführung einer sogenannten small-claims procedure, also ein Verfahren, das es vor allem Konsumenten ermöglichen soll, Klagen mit relativ geringen Forderungen eher unbürokratisch und einfach einzubringen, ist das Grünbuch nicht mehr auf dem letzten Stand. Ein solches Verfahren wurde nämlich bereits beschlossen und wird am 1.1.2009 in Kraft treten. Es wird für alle Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme von Dänemark gelten (Art 2 Abs 3 EuBagVO).

Durch die VO (EG) Nr 861/2007 vom 11. 7. 2007 zur Einführung eines Europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen (Europäische Bagatellverfahrens-Verordnung, EuBagVO), ABl L 199/1, wurde für die gerichtliche Durchsetzung von grenzüberschreitenden, geringfügigen Forderungen ein vereinfachtes Erkenntnisverfahren eingeführt. Durch das in einem Europäischen Bagatellverfahren ergangene Urteil wird gleichzeitig ein in allen MS der EU mit Ausnahme von Dänemark unmittelbar vollstreckbarer europäischer Vollstreckungstitel implementiert.

Ziel der Verordnung ist es Streitigkeiten mit geringem Streitwert in grenzüberschreitenden Fällen zu vereinfachen und zu beschleunigen und so die Prozesskosten zu verringern.³⁴⁶ Ein

³⁴⁵ EGVO 861/2007 vom 11. 7. 2007 zur Einführung eines Europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen ("Bagatellverfahrens-VO"), ABl L 199/1 vom 31. 7. 2007.

³⁴⁶ Erwägungsgründe 7 und 8 Präambel, Art 1 EuBagVO.

nach diesem Verfahren erlassenes Urteil wird einem inländischen Exekutionstitel gleichgesetzt (§ 2 Abs 2 EO).

Für die Durchsetzung von Forderungen aus einer Verletzung des europäischen oder österreichischen Kartellrechts ist wichtig, dass die Verordnung nur für grenzüberschreitende Rechtssachen in Zivil- und Handelssachen gilt. Auf die Art der Gerichtsbarkeit kommt es dabei nicht an, solange der Streitwert der Klage € 2.000,- nicht überschreitet (Art 2 und 3 EuBagVO). Unter grenzüberschreitenden Rechtssachen versteht man solche, bei denen mindestens eine der Parteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen MS als dem Gerichtsstaat hat (Art 3 Abs 1 EuBagVO). Die EuBagVO findet also auch dann Anwendung, wenn sowohl Antragssteller als auch Antragsgegner ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort in demselben MS haben, aber das angerufene Gericht sich in einem anderen MS befindet. Somit können faktisch auch Verbraucher, die Schadenersatz wegen einer Verletzung des Wettbewerbsrechts gegen innerstaatliche Kartellanten geltend machen wollen, dieses Verfahren nützen, indem sie ein Gericht eines anderen Mitgliedstaates anrufen.

Da die Verordnung in Zivil- und Handelssachen unabhängig von der Art der Gerichtsbarkeit anzuwenden ist (Art 2 Abs 1 EuBagVO), gilt die EuBagVO auch in Außerstreitverfahren, arbeitsgerichtlichen Verfahren und strafgerichtlichen Adhäsionsverfahren. Steuer- und Zollsachen, verwaltungsrechtliche Angelegenheiten sowie Amtshaftungssachen werden jedoch nicht erfasst. Es sind weiters gem Art 2 Abs 2 EuBagVO die Bereiche Personenstand, Rechts- und Handlungsfähigkeit, gesetzliche Vertretung natürlicher Personen, Ehegüterrecht und Erbrecht, Insolvenzrecht, soziale Sicherheit und Arbeitsrecht, Schiedsgerichtsbarkeit, Miete und Pacht unbeweglicher Sachen mit Ausnahme von Zahlungsklagen und die Verletzung der Privatsphäre und der Persönlichkeitsrechte ausgenommen.

Das Verfahren wird durch Übermittlung des ausgefüllte Klageformblatts A (Anhang I) an das zuständige Gericht eingeleitet. In diesem müssen die Beweise beschrieben werden und die Forderung begründet werden (Art 4 Abs 1 Satz 2 EuBagVO). Nach Art 12 EuBagVO sind die Parteien nicht verpflichtet, die Klage rechtlich zu würdigen. Bei unzureichenden oder unklaren Angaben des Klägers hat das Gericht dem Kläger gem Art 4 Abs 1 Satz 1 und 2 EuBagVO die Gelegenheit zu einem Verbesserungsversuch zu geben. Bei offensichtlich

unzulässiger oder unbegründeter Klage oder bei nicht fristgerecht verbesserter Klage ist die Klage nach Art 4 Abs 4 Satz 3 EuBagVO zurück- oder abzuweisen.

Wurde die Klage ordnungsgemäß eingebracht, wird diese dem Beklagten innerhalb von 14 Tagen gemeinsam samt allfälliger Beweisunterlagen zugestellt (Art 5 Abs 2 EuBagVO), worauf der Beklagte innerhalb von weiteren 30 Tagen zu antworten hat, indem er auf geeignete Weise die Klage beantwortet (zB durch Ausfüllen des Teils II des Antwortformulars C). Diese Antwort wird dem Kläger binnen 14 Tagen übermittelt.

Binnen 30 Tagen nach Antwort des Beklagten kann das Gericht entweder die Parteien auffordern, weitere Angaben zu machen, nach Art 9 EuBagVO eine Beweisaufnahme durchführen, die Parteien zu einer mündlichen Verhandlung vorladen oder unmittelbar ein Urteil erlassen, wobei sich das Gericht in jeder Lage des Verfahrens um eine angemessene gütliche Einigung bemühen muss.

Im Gegensatz zum österreichischen Zivilprozess ist bei diesem Verfahren wegen der angestrebten Verfahrensverkürzung das Verfahren grundsätzlich schriftlich durchzuführen. Mündliche Verhandlungen finden nur statt, wenn sie das Gericht für erforderlich hält oder eine der Parteien einen entsprechenden Antrag stellt und das Gericht dem Antrag stattgibt. Die Parteien können die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragen, wobei das Gericht nach Art 5 Abs 1 Satz 3 EuBagVO diesen Antrag schriftlich begründet ablehnen kann, wenn im konkreten Fall *ein faires Verfahren offensichtlich* auch ohne mündliche Verhandlung *sichergestellt* werden kann. Dem technischen Fortschritt Rechnung tragend, kann eine mündliche Verhandlung auch über *Video-Konferenz* oder mit anderen Mitteln der Kommunikationstechnologie abgehalten werden (Art 8 EuBagVO).

Welche und in welchem Umfang Beweismittel aufgenommen werden, bestimmt das Gericht gem Art 9 Abs 1 Satz 1 EuBagVO nach seinem Ermessen, wobei es im Sinne der Verfahrensvereinfachung auf das einfachste und am wenigsten aufwändige Beweismittel zu entscheiden hat. Auch kommen Vereinfachungen wie die Beweisaufnahme mittels schriftlicher Aussagen von Zeugen, Sachverständigen oder Parteien oder die Beweisaufnahme über Video-Konferenz oder andere Mittel der Kommunikationstechnologie in Betracht. Mündliche Beweisaussagen und Sachverständigenbeweise müssen für seine Urteilsfindung unbedingt erforderlich sein.

Binnen 30 Tagen nach Vorliegen sämtlicher Entscheidungsgrundlagen hat das Gericht sein Urteil zu erlassen. Bei mündlichen Verhandlungen ergeht das Urteil innerhalb von 30 Tagen danach (Art 7 Abs 1 und 2 Satz 1 EuBagVO). Bezüglich des Kostenersatzes gilt das „loser pays“ Prinzip, wobei aber nur jene Kosten zuzusprechen sind, die notwendig waren und im Verhältnis zur Klage stehen (Art 16 EuBagVO). Das Urteil ist grundsätzlich sofort vollstreckbar. Bei der Befugnis, ein Rechtsmittel einzulegen, kommt es gem Art 17 Abs 1 EuBagVO auf das jeweilige nationale Recht des Mitgliedstaates an, in dem das Verfahren stattfindet.

Ausnahmsweise ist der Beklagte berechtigt eine Überprüfung beim Gericht des Mitgliedstaates, in dem das Urteil im Europäischen Bagatellverfahren ergangen ist, zu beantragen. Dies dann, wenn das Klageformular oder die Ladung zur Verhandlung dem Beklagten ohne persönliche Empfangsbestätigung zugestellt wurde, Zustellverzögerungen ohne Verschulden des Beklagten vorliegen, sodass dieser nicht rechtzeitig Vorkehrungen für seine Verteidigung treffen konnte, sowie bei höherer Gewalt oder im Falle sonstiger außergewöhnlicher Umstände, sodass der Beklagte ohne eigenes Verschulden gehindert war, das Bestehen der Forderung zu bestreiten. Erachtet das Gericht die Überprüfung aus einem der genannten Gründe für gerechtfertigt, so ist das Urteil *nichtig*. Andernfalls bleibt es in Kraft (Art 20 Abs 2 EuBagVO).

Es besteht weiters die Möglichkeit, dass bei Einleitung eines Vollstreckungsverfahrens trotz beantragter Überprüfung das zuständige Gericht im Vollstreckungsstaat auf Antrag des Verpflichteten das Vollstreckungsverfahren beschränkt oder aussetzt.

In diesem Verfahren ergangene Urteile sind direkt vollstreckbar, dh es bedarf für eine Vollstreckung keiner weiteren Vollstreckbarkeitsbestätigung und die Anerkennung kann nicht mehr angefochten werden. Da für das Vollstreckungsverfahren das Recht des Vollstreckungsmitgliedstaats gilt, ist in Österreich ein solches Urteil nach den Vorschriften der EO zu vollstrecken. Für eine Vollstreckung ist lediglich die Bestätigung des Ursprungsgerichts notwendig, ohne dass hierfür zusätzliche Kosten auflaufen.

2. Vorschläge des Grünbuchs

a. Small Claims Procedure

Zum einen wird im Arbeitspapier zum Grünbuch vorgeschlagen, eine neue Verfahrensart für Verbraucher zu schaffen. Diese „small claims procedure“ soll sich durch eine Minimalisierung des Kostenrisikos, eine Erleichterung der Beweisregeln, eine Schadensberechnung nach richterlichem Ermessen und prozessrechtliche Unterstützung durch das Gericht auszeichnen.

Bereits am 15.3.2005 hat die Kommission diesbezüglich einen Vorschlag für eine Richtlinie, die auch bei der Verletzung von EU Wettbewerbsrecht anwendbar wäre, erstellt.³⁴⁷ Wie bereits oben dargestellt, wurde diese Anregung bereits größtenteils umgesetzt. Der Vorschlag, dass ein Konsument auch bei Unterliegen nicht für die Kosten der anwaltlichen Vertretung der Gegenseite aufkommen muss, wurde nicht übernommen.

b. Sammelklage

Als zweite Maßnahme wird die Einführung eines Systems der Sammelklage vorgeschlagen. Sammelklagen sollen die Effizienz der Prozessführung durch Zusammenfassen mehrerer verschiedener Klagen verbessern. Dies spare Zeit und Geld und verringere die Gefahr von Trittbrettfahrern, die zunächst den Prozessausgang eines anderen Klägers abwarten, bevor sie selbst das Risiko einer Klage eingehen. Darüber hinaus soll ein wirtschaftliches Gleichgewicht zwischen den Prozessgegnern hergestellt werden.

Grundsätzlich wird zwischen der „representative action“, der „collective action“ und der „public interest litigation“ unterschieden. Bei der „representative action“ wird die Klage von einer natürlichen oder juristischen Person für eine bestimmte Gruppe eingebracht. In Österreich beispielsweise existiert die Möglichkeit, dass der Verein für Konsumenteninformation für Verbraucher klagt.

Bei der „collective action“ wird die Klage für eine identifizierte oder identifizierbare Gruppe eingebracht und dient dem Schutz der Interessen dieser Gruppe. Sie unterscheidet sich von

³⁴⁷ Commission's proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a European Small Claims Procedure, COM(2005)87 vom 15.3.2005.

der opt-out class action, wo der einzelne eine Klage für eine unbestimmte Gruppe einbringen kann. Eine geschädigte Partei wird also zu dieser Gruppe gehörig betrachtet, außer sie entscheidet sich, eine individuelle Klage einzubringen. Dies kann zu äußerst großen „classes“ führen.

Im Grünbuch wird vorgeschlagen, einen eigenen Klagsgrund „Verstoß gegen europäisches Wettbewerbsrecht“ für Konsumentenschutzorganisationen vorzusehen. Das soll Klarheit schaffen und es könnte dabei das Verhältnis zwischen einer solchen Klage und der aktiven Klagslegitimation des direkten und indirekten Käufers geklärt werden. Darüber hinaus wird auch die Bildung von eigenen Konsumentenschutzverbänden, die auf Wettbewerbsrecht spezialisiert sind, angeregt.

Unklar sind jedoch noch einige Details wie zum Beispiel die Frage der Verteilung der von der Konsumentenschutzorganisation eingeklagten Beträge. Sollen diese der Organisation oder den Mitgliedern direkt zugute kommen? ME könnte man sich bei der Lösung solcher Detailfragen an der bereits bestehenden österreichischen Regelung für Klagen nach innerstaatlichen Recht orientieren. In Österreich findet der Verein für Konsumenteninformation bereits jetzt – mit wenigen Ausnahmen - mit den bestehenden Regeln das Auslangen.

Weiters wird eine Sammelklage („collective action“) für die Gruppe der Käufer, die nicht Konsumenten sind, angedacht. Obwohl die bestehende Möglichkeit der Streitgenossenschaft für diese Gruppe ein wirksames Instrument der Prozessführung darstellt, wäre eine „opt-in“-Variante der „collective action“ sicherlich eine Verbesserung. Als Hauptargument für eine solche Einführung wird angeführt, dass diese Gruppe sonst von ihrem Recht, sich zusammenzuschließen und das Verfahren ökonomischer zu gestalten nichts wisse.

3. Vorschläge des Weißbuchs

Im Weißbuch der Kommission wird einerseits vorgeschlagen, Verbandsklagen zuzulassen, die von qualifizierten Einrichtungen für eine Gruppe bezeichneter oder identifizierbarer Einzelpersonen erhoben werden, wobei diese Einrichtungen entweder im Vorhinein offiziell oder ad hoc für ein bestimmtes Verfahren ermächtigt werden können. Andererseits wird die

Möglichkeit der Opt-in-Gruppenklage vorgeschlagen, bei der sich einzelne Opfer ausdrücklich zusammenschließen, um ihre jeweiligen Schadenersatzansprüche in einer einzigen Klage zusammenzuschließen.

Parallel arbeitet die Generaldirektion Gesundheit und Verbraucher unter dem Titel „collective redress“ an Mechanismen, die Verbraucher ermutigen sollen, ihre Rechte vor Gericht zu verteidigen. Es wurden zwei Studien in Auftrag gegeben, deren Resultate gemeinsam mit den eingegangenen Stellungnahmen ausgewertet werden sollen. Es wird in weiterer Folge entschieden, ob und wenn ja in welchem Maße eine Initiative auf europäischer Ebene zur kollektiven Rechtsdurchsetzung notwendig ist. Es wurden „benchmarks“ veröffentlicht, die als Gradmesser für die Effizienz von Systemen der kollektiven Rechtsdurchsetzung dienen sollen.³⁴⁸ So werden als „benchmarks“ beispielsweise ein zufrieden stellender Ersatz für Konsumenten, adäquate Prozesskosten, eine ausreichende Kompensation für erlittene Schäden und eine präventive Wirkung der Maßnahme genannt.³⁴⁹

4. Stellungnahmen

Stimmen aus den Vereinigten Staaten argumentieren, dass zumindest eine Form der gesammelten Prozessführung für die private Durchsetzung des Wettbewerbs unerlässlich ist. Gerade in europäischen Rechtsordnungen sei der Anreiz für eine private Klage durch den einfachen Schadenersatz, die Beweislastverteilung und nicht zuletzt das Kostenrisiko sehr gering. Dabei müsse es sich aber nicht zwangsläufig um eine Sammelklage nach amerikanischem Vorbild handeln. Vielmehr solle die Gestaltung der Form des Verfahrens von der jeweiligen Geschichte und der Rechtskultur abhängen.³⁵⁰

Von Seiten der Industrie wird jegliche Klagslegitimation von Verbänden³⁵¹ sowie jegliche Form der Sammelklage abgelehnt.³⁵² Diese sei dem Großteil der europäischen Rechtssysteme

³⁴⁸ http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/collective_redress_en.htm.

³⁴⁹ Kritisch zu den benchmarks: *Karollus-Bruner*, Ein kläglicher Klagsvorschlag, Der Standard – Wirtschaft & Recht, Ausgabe vom 9.10.2008.

³⁵⁰ *Spencer Weber Waller*, Institute for Consumer Antitrust Studies, Loyola University Chicago School of Law, Review of Damages Actions for Breach of EC Antitrust Rules, 8.

³⁵¹ Zur bereits jetzt bestehenden Klagsmöglichkeit von Verbänden siehe oben unter Private Enforcement im österreichischen Kartellrecht.

fremd. Weiters bestehe keine Notwendigkeit für eine solche Regelung. Da durch eine Wettbewerbsverletzung hauptsächlich Mitbewerber geschädigt werden, sei es auch nicht sachgerecht eine Klagemöglichkeit ausschließlich für Verbraucher einzuführen. Von der Einführung einer amerikanischen Schadenersatz- und Streitkultur mit all ihren Auswüchsen halte man nichts. Es wird vor allem befürchtet, dass durch die Androhung einer Klage und der damit einhergehenden Medienberichterstattung ein enormes Druckpotential gegen Unternehmen aufgebaut würde, das auch in unbegründeten Fällen eine außergerichtliche Einigung im Vorfeld unumgänglich mache.

Die anwaltlichen Praxis ist einhellig für eine Möglichkeit der Aktivlegitimation von Verbrauchervereinigungen.³⁵³ Der Gefahr der eigennützigen Verfolgung von Zielen der Verbrauchervereinigungen soll durch besondere Wachsamkeit begegnet werden. Auch wird die Gefahr der Exzesse nach amerikanischem Vorbild gesehen, der aber schon durch das Nichtvorhandensein von Erfolgshonoraren in Europa gegengesteuert sei. Außerdem können Lehren aus den Fehlern des amerikanischen Systems gezogen werden.

Das Bundesministerium für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz begrüßt die Initiative der Kommission. In Österreich seien bereits seitens des Ministeriums Vorbereitungen im Gange, solche verfahrensrechtlichen Möglichkeiten zu schaffen. Es sei besonders darauf zu achten, dass eine besondere Regel geschaffen wird, wonach bei grenzüberschreitenden Verbraucherverträgen nach einer Anspruchsabtretung an eine Verbraucherorganisation der Verbrauchergerichtsstand gewahrt wird. Derzeit ist dies nicht der Fall.³⁵⁴

5. Zusammenfassende Bewertung

Viele der im Grünbuch vorgeschlagenen Maßnahmen (wie zB ein Ausschluss der passing-on defense oder die Einführung eines Strafschadenersatzes) widersprechen der Grundprinzipien

³⁵² Stellungnahme der österreichischen Industriellenvereinigung zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU- Wettbewerbsrechts, 12.

³⁵³ *Baker & McKenzie*, European Competition Law Practice Group, Response to Green Paper on Private Enforcement, 13.

³⁵⁴ Wie oben bereits dargestellt unter Private Enforcement im österreichischen Recht/ Sammelklagen in Österreich.

der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen. Sie werden daher von der Mehrheit der europäischen Juristen abgelehnt. Bei der Maßnahme eines speziellen Verfahrens für kleinere Beträge ist dies nicht der Fall. Wegen einem geringen Streitwert ein gerichtliches Verfahren anzustrengen kann oft in einem zu hohen Aufwand münden, so dass schon im Vorfeld davon abgesehen wird. Bei Verletzungen des Wettbewerbsrechts sind es vor allem Endverbraucher, denen ein (geringer) Schaden erwächst. Dieser Gruppe ist also der Weg zur Kompensation von Schäden übermäßig erschwert. Dies widerspricht den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Gleichheit (Art 2 StGG, Art 7 Abs 1 B-VG) und auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG, Art 6 Abs 1 MRK). Diese Grundsätze sind also Grundprinzipien der österreichischen (B-VG) und der europäischen (MRK) Rechtsordnungen. Das eine bestimmte Gruppe von Personen in der Praxis keinen durchsetzbaren Anspruch auf Schadenersatz hat, stellt eine Verletzung dieser Grundprinzipien dar.

Mit Hilfe eines speziellen Prozessrechts für kleine Ansprüche wird dieser Missstand beseitigt, ohne dass dabei andere Grundprinzipien des kontinentaleuropäischen Zivil- oder Zivilverfahrensrechts beeinträchtigt werden. Dass auf europäischer Ebene mit der BagVO ein erster Schritt für grenzüberschreitende Streitigkeiten in diesem Bereich gemacht wurde, ist daher mE zu begrüßen. Jetzt ist der österreichische Gesetzgeber gefordert, ein ähnliches Verfahren für rein innerstaatliche Streitigkeiten zu implementieren.

Zuletzt ist anzumerken, dass von Kritikern der Maßnahmen der Kommission immer wieder ins Treffen geführt wird, dass eine Einführung von Sonderregeln für Schadenersatzansprüche wegen der Verletzung des Wettbewerbsrechts sachlich nicht gerechtfertigt sei und dem Gleichheitsprinzip widerspreche. Gerade das ist bei den gegenständlichen Maßnahmen nicht der Fall. Schließlich betrifft eine spezielle small-claims procedure alle Ansprüche, die einen bestimmten Betrag nicht überschreiten, ungeachtet ihrer Anspruchsgrundlage. Auch ein spezielles Verfahren für Sammelklagen betrifft nicht nur Ansprüche aus der Verletzung des Wettbewerbsrechts. Die Einführung der BagVO wird daher begrüßt.

G. Prozesskosten

Die größten Hindernisse für die private Durchsetzung des Kartellrechts ergeben sich wohl aus den Regeln für die Aufteilung der Prozesskosten. Wie oben bereits näher dargestellt können Sammelklagen helfen, diese Kosten und das Risiko zu minimieren.

Grundsätzlich bestehen zwei große Hürden im Zusammenhang mit den Prozesskosten. Zum einen muss der Kläger bei Einbringen der Klage eine Gebühr entrichten. Diese wird zwar bei Obsiegen von der Gegenseite ersetzt, muss aber zunächst aufgebracht und während des Prozesses ausgelegt werden.

Zum anderen bringt das Prinzip, dass die unterlegene Partei die Kosten tragen muss, ein Kostenrisiko mit sich. Gerade in komplizierten Kartellrechtsfällen kann der Ausgang des Prozesses höchst ungewiss sein. Insbesondere bei der privaten Durchsetzung geht es für den einzelnen um eher kleine Beträge, so dass die Prozesskosten im Vergleich zum Streitwert unverhältnismäßig hoch sind. Hier wirkt dann natürlich auch das Risiko im Vergleich zum einzuklagenden Betrag zu hoch. Das Prinzip des zahlenden Unterlegenen hat also bei der privaten Durchsetzung des Kartellrechts für den einzelnen einen hohen Abschreckungseffekt.

1. Vorschläge des Grünbuchs

Deshalb wird im Grünbuch (Option 27) vorgeschlagen, den Kostenersatz von einem Beschluss des Gerichts abhängig zu machen.³⁵⁵ Das Gericht soll dabei die Möglichkeit haben, den unterlegenen Kläger vor dem Kostenersatz durch einen Beschluss zu schützen. Über solch einen Beschluss könnte schon am Beginn des Prozesses entschieden werden, so dass speziell wirtschaftlich schwache Kläger das Kostenrisiko nicht fürchten müssen.

In die gleiche Kerbe schlägt der Vorschlag, grundsätzlich in Fällen des Private Enforcement den zumeist wirtschaftlich stärkeren Beklagten die Kosten tragen zu lassen. Ausgenommen von dieser Regel wäre nur die mutwillige und von vornherein aussichtslose Prozessführung.

³⁵⁵ Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 10.

2. Vorschläge des Weißbuchs

Ohne konkrete Maßnahmen vorzuschlagen, „ermutigt“ die Kommission im Weißbuch Mitgliedstaaten, das Verfahren so zugestalten, dass eine möglichst rasche Beilegung der Rechtsstreitigkeiten (zB durch Vergleiche) gewährleistet ist. Auch sollen Gerichtskosten „auf ein angemessenes Niveau“ festgesetzt werden, welches im Falle von Schadenersatzansprüchen aufgrund von Wettbewerbsverstößen „nicht unverhältnismäßig“ ist. Zuletzt soll nationalen Gerichten die Möglichkeit eröffnet werden, in bestimmten begründeten Fällen möglichst früh eine Kostenentscheidung zu erlassen, wonach die klagende Partei, selbst wenn sie im Prozess unterliegt, nicht sämtliche Kosten der Gegenpartei tragen muss.

Schon aus der vorsichtigen Formulierung (arg „ermutigen“ Mitgliedstaaten sollen „überdenken“) geht hervor, dass die Kommission in diesem Punkt die nähere Ausgestaltung jedem einzelnen Mitgliedstaat überlassen will und wohl keine verbindlichen Rechtsakte auf Gemeinschaftsebene geplant sind.³⁵⁶ Es wird also in diesem Punkt keine einheitliche, harmonisierte Regelung geben. Auch ist nicht vorstellbar, dass Mindeststandards eingeführt werden. Zu vage sind die Vorschläge der Kommission formuliert.

3. Stellungnahmen

Gegner besonderer Kostenersatzregeln argumentieren, dass eine abweichende Regelung den grundsätzlichen Prinzipien der kontinentaleuropäischen Zivilprozessregeln widerspräche.³⁵⁷ Einhellig abgelehnt wird jedenfalls ein pauschales Überwälzen der Prozesskosten auf die beklagte Partei.³⁵⁸

³⁵⁶ So auch *Paulus*, Das Weißbuch der Europäischen Kommission, Teil II: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts (Private Enforcement), OZK 2008/3, 83.

³⁵⁷ Comments of the Federal Ministry of Economics and Technology and the Federal Cartel Office of Germany on the Green Paper of the EU Commission „Damages actions for breach of the EC antitrust rules“, 9.

³⁵⁸ Siehe zB *Freshfields/Bruckhaus/Deringer*, Response to Commission of the European Communities DG Competition, Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, 11.

Eine Sonderstellung für Kläger auf Schadenersatz aufgrund eines Verstoßes gegen das EG-Wettbewerbsrecht ist nach Ansicht der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde sachlich nicht gerechtfertigt.³⁵⁹

Insbesondere für follow-on Klagen wurde der Vorschlag gemacht, dass – wenn die beklagte Partei kein vernünftiges Vergleichsangebot unterbreitet hat - der Kläger die Kosten nicht tragen muss.³⁶⁰ Verhält sich der Kläger in Bezug auf die Einbringung und Fortsetzung der Klage unvernünftig, so würde diese Annahme nicht anwendbar sein.

Seitens des Konsumentenschutzes wird keine Veranlassung gesehen, vom allgemein üblichen Prinzip „loser pays“ abzugehen. Sollte jedoch eine einheitliche Regelung eingeführt werden, spricht man sich dafür aus, am Beginn einer Verhandlung festzulegen, ob ein Kläger im Falle eines Prozessverlustes zu einem Kostenersatz verpflichtet ist. Dies solle nach bestimmten Kriterien, wie die Komplexität des Kartells und der Wettbewerbsverletzung entschieden werden. Eine nachträgliche Entscheidung, ob die Klagsführung mutwillig war, wird wegen dem unkalkulierbaren Kostenrisiko als nicht zielführend erachtet.³⁶¹

Nach Ansicht der österreichischen Industriellenvereinigung sollte eine Prozesskostenregelung den einzelnen Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben. Die bestehende Regelung erfülle ihren Zweck als Prozessfilter einwandfrei und sollte beibehalten werden. Es sei nicht einzusehen, dass ein obsiegender Beklagter auf seinen Kosten sitzen bleiben müsse.³⁶²

Die Regeln in den Mitgliedstaaten werden von der Anwaltei als durchwegs ausreichend flexibel bewertet. Allerdings seien einheitliche Richtlinien bezüglich der Prozesskostentragung wünschenswert.³⁶³

³⁵⁹ Stellungnahme der Bundeswettbewerbsbehörde zum Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 10.

³⁶⁰ *Freshfields/Bruckhaus/Deeringer*, Response to Commission of the European Communities DG Competition, Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, 11.

³⁶¹ Bundesministerium für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz, Stellungnahme zum Grünbuch der Europäischen Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 16.

³⁶² Stellungnahme der österreichischen Industriellenvereinigung zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 12.

³⁶³ *Baker & McKenzie*, European Competition Law Practice Group, Response to Green Paper on Private Enforcement, 13.

4. Zusammenfassende Bewertung

In der Praxis kommt der Frage der Prozesskosten für die Evaluierung des Prozessrisikos enorme Bedeutung zu. Damit hängt nämlich die Frage zusammen, ob der Klagsweg beschritten werden soll, oder eine außergerichtliche Einigung eine sinnvollere Lösung darstellt.

In Wahrheit besteht das Problem der Kosten der privaten Rechtsdurchsetzung des Kartellrechts in der Unsicherheit, ob trotz dieser Hindernisse mit dem Anspruch durchgedrungen werden kann. Werden diese Hindernisse beseitigt, stellt auch das bereits bestehende System des Kostenersatzes für die obsiegende Partei kein Hindernis mehr dar. Wird nämlich die Durchsetzung vereinfacht, wird das Risiko minimiert. Daher ist es mE nicht geboten, die bestehenden Regelungen zum Prozesskostenersatz zu ändern. Vielmehr müsste in einem Gesamtkonzept jeder der einzelnen Faktoren zur Erleichterung der privaten Rechtsdurchsetzung aufeinander abgestimmt ein ausbalanciertes System ergeben.

Es ist daher mE zu begrüßen, dass die Kommission anscheinend keine verbindlichen Rechtsakte zu setzen beabsichtigt. Bezüglich der geltenden österreichischen Rechtslage ist darauf hinzuweisen, dass bereits jetzt die Möglichkeit eines Vergleichsabschlusses im Zivilprozess besteht. Dieser wirkt naturgemäß verfahrensabkürzend und kostensenkend. Die Gerichtskosten sind in Relation zum Streitgegenstand nicht unangemessen, weil sie streitwertabhängig sind. Gerade bei geringen Ansprüchen sind die Gerichtskosten für jedermann leistbar. Problematisch ist eher, dass es derzeit keine Obergrenze bei den Gerichtskosten gibt. Hier führen sehr hohe Streitwerte zu exorbitanten Gerichtskosten. Da solche Streitwerte allerdings nur in den seltensten Fällen bei einer Schadenersatzklage aufgrund der Verletzung des Kartellrechts erzielt werden, erübrigt sich die Erwägung der Einführung einer Höchstbetragsgrenze an dieser Stelle.

Darüber hinaus sei der guten Ordnung halber auf die Möglichkeit des Zuspruchs der gesamten Prozesskosten entgegen dem Erfolgsprinzip verwiesen. In jenen Fällen nämlich, in denen die Feststellung des Anspruches durch richterliches Ermessen oder durch Ausmittlung durch

einen Sachverständigen oder durch gegenseitige Abrechnung erfolgt, kann der teilweise unterlegenen Partei trotzdem voller Kostenersatz zugesprochen werden.

H. Verschulden

1. Allgemeines

Als ein weiteres Hindernis für eine private Durchsetzung des Wettbewerbsrechts wird im Grün- und Weißbuch das Verschuldenserfordernis genannt. Es sei jedoch an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass nur bei einer Minderheit von sieben der derzeit fünfundzwanzig Mitgliedstaaten das Verschuldenserfordernis ein Problem darstellt. Während fünf Mitgliedstaaten nämlich überhaupt kein Verschuldenserfordernis bei Wettbewerbsrechtsverletzungen kennen³⁶⁴, wird in dreizehn Mitgliedstaaten ein Verschulden des Beklagten vermutet.³⁶⁵

Das EG-Wettbewerbsrecht kennt bei der Verletzung der Artikel 81 und 82 EGV kein Verschulden. Dies ergibt sich einerseits aus dem Wortlaut, wonach lediglich auf den Effekt der Vereinbarung abgestellt wird. Andererseits ergibt sich aus der Rsp des EuGH, dass eine Verschuldensprüfung nicht vorgesehen ist.³⁶⁶ Nach Art 23 der VO 1/2003 ist für die Verhängung von Bußgeldern durch eine Behörde zumindest Fahrlässigkeit erforderlich. Dies gilt aber lediglich für die Verhängung des Bußgeldes und nicht für die bloße Feststellung der Verletzung.

Im Bereich der Schadenersatzklagen aus dem Vertrag sprach der Gerichtshof in dem Fall *Brasserie du Pecheur*³⁶⁷ aus, dass drei Voraussetzungen für eine Haftung einer Behörde vorhanden sein müssen: Die Bestimmung aus dem Vertrag muss den Zweck verfolgen, dem einzelnen Rechte zu übertragen, der Bruch muss eine gewisse Schwere aufweisen³⁶⁸ und es muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem Rechtsbruch und dem Schaden vorliegen. Staatliche Schadenersatzleistungen können nicht der Bedingung eines Verschuldens unterliegen. Das würde das Recht auf Ersatz für die erlittenen Schäden, das sich aus der Gemeinschaftsrechtsordnung ergibt, in Frage stellen.³⁶⁹

³⁶⁴ Das sind Tschechien, Irland, Zypern, Slowakei und Großbritannien.

³⁶⁵ Das sind Belgien, Deutschland, Estland, Frankreich, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Österreich, Slowenien und Ungarn.

³⁶⁶ ZB Fall 85/76 *Hoffmann-La Roche v Kommission* [1979] ECR 461.

³⁶⁷ C-46/93, *Brasserie du Pecheur v Bundesrepublik Deutschland*, [1996] ECR I-1029.

³⁶⁸ C-46/93, *Brasserie du Pecheur v Bundesrepublik Deutschland*, [1996] ECR I-1029, 55.

³⁶⁹ C-46/93, *Brasserie du Pecheur v Bundesrepublik Deutschland*, [1996] ECR I-1029, 79.

Im Fall *Camar*³⁷⁰ sprach der EuGH aus, dass die Schwere des Rechtsbruchs Voraussetzung für eine Schadenersatzklage sei. Wenn ein Organ nur über einen erheblich verringerten oder gar auf Null reduzierten Gestaltungsspielraum verfügt, kann die bloße Verletzung des Gemeinschaftsrechts ausreichen, um einen hinreichend qualifizierten Verstoß anzunehmen.³⁷¹ In Analogie zu diesem Urteil, wird im Arbeitspapier zum Grünbuch angedeutet, dass auch private Unternehmen über keinen Gestaltungsspielraum verfügen und man so die drei Voraussetzungen auch auf Schadenersatzklagen gegen Unternehmen anwenden könne.³⁷² Ein Verschulden wäre demnach nicht Voraussetzung für eine Haftung.

Im Arbeitspapier zum Grünbuch wird auch eine Analogie zum Bereich der Produkthaftung angedacht.³⁷³ In der Produkthaftungsrichtlinie³⁷⁴ ist eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung normiert. Die Gründe dafür lagen vor allem in der Schaffung der Gefährdung durch Unternehmen und im Informationsungleichgewicht. Die notwendigen Informationen des Produktionsprozesses sind dem Kläger nur in den seltensten Fällen zugänglich. Nach Ansicht der Verfasser des Arbeitspapiers verhält es sich bei Schadenersatzklagen wegen der Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts ähnlich. Eine Gefährdungshaftung wäre also überlegenswert.

2. Österreichisches Recht

Nach österreichischem Recht ist eine Wettbewerbsrechtsverletzung regelmäßig als Verstoß gegen ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB zu werten. Das hat zur Folge, dass gem § 1298 ABGB eine Beweislastumkehr eintritt. Somit hat der Beklagte zu beweisen, dass ihn bezüglich des Verschuldens kein Vorwurf gemacht werden kann.

3. Die Vorschläge des Grünbuchs

³⁷⁰ Fall C-312/00 *Kommission v Camar und Tico* [2002] ECR I-11355.

³⁷¹ Fall C-312/00 *Kommission v Camar und Tico* [2002] ECR I-11355, 54.

³⁷² Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Rn 106.

³⁷³ Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Rn 108.

³⁷⁴ RL 85/374, OJ 1985 L 210/29.

In Option 11 des Grünbuchs wird vorgeschlagen, das Verschuldenserfordernis für eine Haftung des Beklagten entfallen zu lassen. Dies kann entweder durch das Normieren einer Gefährdungshaftung oder durch das Normieren einer unwiderleglichen Vermutung umgesetzt werden. Es reicht in diesem Fall also rechtswidriges Verhalten aus. Diese Maßnahme wird im wesentlichen damit begründet, dass dies der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof entspreche. Außerdem wird auf die schweren Konsequenzen verwiesen, die eine Verletzung des europäischen Wettbewerbsrechts hat.

Eine etwas weniger strenge Alternative dazu findet sich in Option 12. Demnach soll die unwiderlegliche Vermutung nur bei hard-core Kartellen angewendet werden. Bei weniger klaren Fällen sollen Unternehmen nur bei Vorliegen von Vorsatz oder Fahrlässigkeit haften müssen.

Als dritte Option im Bereich Verschulden wird in Option 13 angeführt, dass zwar ein Verschulden vermutet wird, der Beklagte sich aber auf einen Rechts- oder faktischen Irrtum berufen kann und dies auch beweisen muss. Gutgläubige Unternehmer würden so geschützt. Die Rechtssicherheit des Klägers wäre zwar herabgesetzt und die Regelung könnte dazu führen, dass einzelnen Klägern kein Schadenersatz zugesprochen würde. Diese negativen Auswirkungen können aber dadurch gemindert werden, indem der Sorgfaltsmaßstab für Unternehmen eher hoch angesetzt wird.³⁷⁵

4. Die Vorschläge des Weißbuchs

Für Mitgliedstaaten wie Österreich (die ein Verschulden als Voraussetzung für die Zuerkennung von Schadenersatz aufgrund der Verletzung des Kartellrechts fordern) schlägt die Kommission vor, klarzustellen, dass - wenn ein Wettbewerbsverstoß nachgewiesen wurde - der Rechtsverletzer für den verursachten Schaden haften muss, es sei denn, er kann nachweisen, dass sein Verstoß auf einem genuin entschuldbaren Irrtum beruht. Dieser liegt dann vor, wenn eine vernünftige Person, die ein hohes Maß an Sorgfalt walten lässt, nicht hätte wissen müssen, dass ihr Verhalten den Wettbewerb beeinträchtigt.

³⁷⁵ Arbeitspapier, 33.

5. Stellungnahmen

Stimmen aus der Praxis stehen einem Verschuldenserfordernis bei Kartellrechtsverletzungen sehr kritisch gegenüber. Gemeinhin wird angenommen, dass ein System mit der Einrede des „entschuldbaren Irrtums“ in der Praxis nicht funktionieren kann und zu einer nicht wünschenswerten Komplexität führen würde.³⁷⁶ Die Haftung soll nicht davon abhängen, ob ein Unternehmen rechtlichen Rat in Anspruch eingeholt hatte. Es sollte lediglich auf die Auswirkungen auf den Markt und die Konsumenten abgestellt werden. Zudem müssen sich Unternehmen jetzt schon mit vielen Aspekten der schwierigen „Selbsteinschätzung“ beschäftigen. Diese Situation würde weiter verschlimmert.³⁷⁷ Ein Verschuldenserfordernis stelle eine weitere Hürde für den Kläger zur Erlangung des Schadenersatzes dar. Dies wäre nicht wünschenswert und steht auch im Gegensatz zu einem der Ziele der Kommission, nämlich das Schadenersatzverfahren zu erleichtern.

Vertreter des Konsumentenschutzes begrüßen naturgemäß eine Option, wonach kein Verschulden notwendig ist. Nach deren Ansicht sei dies lediglich eine Beweiserleichterung, da dem Kläger der Beweis des Verschuldens des Beklagten erspart werde. Weiters seien kaum realistische Fallkonstellationen denkbar, in denen nicht schuldhaft gegen das EU-Wettbewerbsrecht verstoßen werde. Zuletzt werden Unternehmen durch das Erfordernis des Nachweises des Schadenseintritts und des Kausalzusammenhanges vor einer nicht gerechtfertigten Inanspruchnahme geschützt. Auf das Verschuldenserfordernis nur bei besonders gravierenden Wettbewerbsrechtsverstößen zu verzichten, wird abgelehnt. Es sei ohnehin schwierig für den Kläger, bei nicht gravierenden Rechtsverstößen Eintritt und Ausmaß des Schadens nachzuweisen. Außerdem führe diese Lösung zu einer erhöhten Rechtsunsicherheit, weil nicht klar sei, was unter einer besonders gravierenden Wettbewerbsrechtsverletzung zu verstehen sei.

³⁷⁶ *Freshfields/Bruckhaus/Deringer*, Response to Commission of the European Communities DG Competition, Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, 17.

³⁷⁷ So zB *Baker & Mc Kenzie*, European Competition Law Practice Group, Response to Green Paper on Private Enforcement, 9.

Mit diesem Argument wird auch jene Option abgelehnt, wonach die Einrede des entschuldbaren Irrtums zugelassen wird.³⁷⁸

Nach Ansicht der Industrie besteht kein Grund vom Erfordernis des Verschuldens abzuweichen. Schließlich dürfe auch gem Art 23 VO 1/2003 ein Unternehmen nur mit einer Buße belegt werden, wenn zumindest Fahrlässigkeit nachgewiesen werden kann. Darüber hinaus werde ohnedies in den meisten Fällen, in denen der Beweis eines objektiv vorwerfbaren Verhaltens erbracht worden ist, auch der Beweis der subjektiven Vorwerfbarkeit erbracht worden sein. Da durch das erhöhte Haftungsrisiko die Gefahr besteht, dass Unternehmer darauf verzichten, innovative Verhaltensweisen zu entwickeln und sich an alte Verhaltensmuster halten, werde die Innovationskraft und damit die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen beeinträchtigt.³⁷⁹

Die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde verweist darauf, dass ein Wettbewerbsverstoß in der Regel eine Verletzung eines Schutzgesetzes ist, die eine Umkehr der Beweislast nach sich zieht. Eine Gefährdungshaftung wird abgelehnt, weil der Beklagte die Möglichkeit haben soll, zu beweisen, dass die Sorgfaltsverletzung nicht vorwerfbar ist. Dass dies bei Hardcore-Kartellen nicht gelingen werde, liege auf der Hand.³⁸⁰

Eine Parallele zu anderen Fällen der Gefährdungshaftung, wie zB der Produkthaftung, herzustellen sei verfehlt, weil sich hier die Haftung auf ein erlaubtes Verhalten und nicht wie bei einer Wettbewerbsrechtsverletzung auf ein verbotenes Verhalten gründet.³⁸¹

5. Zusammenfassende Bewertung

³⁷⁸ Bundesministerium für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz, Stellungnahme zum Grünbuch der Europäischen Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 11f.

³⁷⁹ Stellungnahme der österreichischen Industriellenvereinigung zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 7.

³⁸⁰ Stellungnahme der Bundeswettbewerbsbehörde zum Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 8.

³⁸¹ Comments of the Federal Ministry of Economics and Technology and the Federal Cartel Office of Germany on the Green Paper of the EU Commission „Damages actions for breach of the EC antitrust rules“, 5f.

ME werden im Grünbuch und im Arbeitspapier zwei verschiedene Problemkreise vermischt. Einerseits gibt es den Problemkreis der Beweisbarkeit von Wettbewerbsrechtsverstößen. Daneben gibt es die Frage, ob für eine Haftung Verschulden Voraussetzung sein muss. Die Vorschläge der Kommission versuchen nun die schwierige Beweisproblematik über das Verschuldenserfordernis zu lösen. Da es schwierig ist ein Verschulden nachzuweisen, will man es weglassen.

Dies widerspricht jedoch den Grundsätzen des österreichischen Schadenersatzrechtes, wonach nur der haften muss, der sich sein Verhalten auch vorwerfen lassen muss. Es muss auch weiterhin möglich sein, dass sorgfaltsgemäßes Verhalten zu einer Haftungsfreiheit führt.

Das österreichische Recht löst dieses Problem an der Wurzel und lässt eine Beweislastumkehr zu. Somit wird das schwierige Beweisproblem gelöst, das Recht des Beklagten sich freizubeweisen bleibt aber bestehen. ME besteht daher kein Grund, eine von der derzeit bestehenden Bestimmungen abweichende Regelung zu schaffen.

Deswegen ist es mE erfreulich, dass sich durch die im Weißbuch der Kommission vorgeschlagene Lösung kein Unterschied zum österreichischen Schadenersatzrecht ergibt. Die Klarstellung, dass nur ein entschuldbarer Irrtum von einem Verschulden befreit, deckt sich mit der österreichischen Lehre und Rsp. Der vorgeschlagenen Lösung im Weißbuch ist daher nach der hier vertretenen Auffassung zuzustimmen.

V. VERTIKALE VEREINBARUNGEN

A. Die Bedeutung des Vertriebes³⁸²

Der Vertrieb³⁸³ stellt innerhalb der EU den zweitgrößten Wirtschaftszweig dar und gewinnt immer mehr an Bedeutung. Früher beschränkte er sich auf eine bloße Mittlerfunktion zwischen Hersteller und Endverbraucher, die er zweifellos noch immer besitzt. Darüber hinaus übt er nun aber auch eine eigene Wertschöpfungsfunktion aus. „Der Vertrieb ist nicht allein als Sektor, sondern auch als Prozess oder als Funktion innerhalb der Wirtschaft zu betrachten.“³⁸⁴ Produkte werden also vom Vertrieb nicht bloß weitergeleitet, sondern erfahren darüber hinaus auch eine Wertsteigerung.

Die klassische Unterscheidung zwischen Herstellung, Großhandel und Einzelhandel ist daher obsolet. Die Grenzen verschwimmen, weil die verschiedenen Aufgaben von jeder Stufe übernommen werden können.

Andererseits verschwimmen die Grenzen aufgrund des Phänomens der „Hausmarke“, das besonders bei Einzelhandelsketten im Lebensmittel- und Bekleidungsbereich auftritt.³⁸⁵ Es werden eigene Produkte unter einer eigenen Marke (Hausmarke) vertrieben. So kommt es zu einer erhöhten Wertschöpfung und einer Angebotsdifferenzierung, mittels derer sich das Unternehmen von ihren Konkurrenten absetzt.³⁸⁶

Das eingesetzte Vertriebssystem stellt ein Marketinginstrument dar. Die Auswahl und Anwendung dieses Wettbewerbsmittels hängt von der jeweiligen Marktsituation und dem Produkt ab.³⁸⁷ Allen Distributionssystemen ist aber gemeinsam, dass der Absatz eines Produktes systematisch auf bestimmte Absatzmittler beschränkt wird. Die Absatzmittler erklären sich auch bereit, die von den Herstellern entwickelten Absatzstrategien einzuhalten.

³⁸² *Reidlinger/Hartung; Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht.

³⁸³ Unter Vertrieb soll in der vorliegenden Arbeit jegliche Form von Handel zwischen der Produktionsstufe und Verbrauchern verstanden werden, wobei auch Hersteller auf verschiedenen Produktionsstufen sowie andere gewerbliche Verbraucher als Verbraucher gelten sollen.

³⁸⁴ Grünbuch der Europäischen Gemeinschaften über vertikale Beschränkungen des Wettbewerbs, KOM (96) 721 endg. Vom 22.1.1997, Rn 15.

³⁸⁵ *P.W. Dobson / M. Waterson*, Vertical Restraints and Competition Policy, An Office of Fair Trading Research Paper, 36 f.

³⁸⁶ Grünbuch über vertikale Beschränkungen, Rn 34.

³⁸⁷ *Kirchhoff*, 33 ff.

B. Begriffsbestimmung

Unter Vertikalen Vereinbarungen versteht man Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf verschiedenen Stufen der Produktions- oder Vertriebskette. Dazu zählen ua Franchisevereinbarungen, Liefer- und Vertriebsvereinbarungen oder Lizenzvereinbarungen. Hintergrund dieser Unterscheidung in vertikale und horizontale Vereinbarungen ist, dass sich die Unternehmen aufgrund der verschiedenen Wirtschaftsstufen nicht miteinander im Wettbewerb befinden. Es werden vom europäischen³⁸⁸ und österreichischen Kartellrecht grundsätzlich alle Formen – also horizontale und vertikale Bindungen – erfasst.

Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung ist die Unterscheidung jedoch insofern von Bedeutung, als vertikale Bindungen eine Art Sonderstellung genießen. Dies zeigt sich zB bei der höheren Marktanteilsschwelle in der Bagatellbekanntmachung³⁸⁹ oder in der Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 2790/1999³⁹⁰.

Neben den reinen horizontalen oder vertikalen Bindungen gibt es auch sogenannte duale Vertriebssysteme, die aus beiden Elementen zusammengesetzt sind. Dies kann zB vorkommen, wenn der Produzent neben dem Vertrieb durch Dritte auch selbst vertreibt.

Bei vertikalen Beschränkungen kann man grundsätzlich in vier Hauptgruppen unterscheiden: Markenzwang, Vertriebsbeschränkung, Preisbindung beim Wiederverkauf und Marktaufteilung. Kombinationen dieser Gruppen sind denkbar.

1. Markenzwang

Beim Markenzwang wird der Käufer „entweder ausdrücklich oder über eine Anreizregelung dazu verpflichtet, ein bestimmtes Produkt und dessen Substitute nur von einem Lieferanten zu

³⁸⁸ Verb. Rs. 56/64 und 58/64, Consten/Grundig, vom 13.7.1966, Slg. 1966, 321, 387; Rs. 32/65, Italien/Kommission, vom 13.7.1966, 457, 485.

³⁸⁹ Bekanntmachung der Kommission 97/C 372/04 über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Art 85 Abs 1 EGV fallen, ABl. C 372 vom 9.12.1997, S. 13.

³⁹⁰ Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission über die Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 336 vom 29.12.1999, S.21.

beziehen.“³⁹¹ Dazu zählen auch „dem Käufer auferlegte Wettbewerbsverbote und Bezugsmengen, häufig in Form einer Verpflichtung oder einer zwischen Lieferant und Käufer vereinbarten Anreizregelung, die den Käufer veranlasst, seinen Bedarf an einem bestimmten Produkt und dessen Substituten ausschließlich oder überwiegend bei einem Lieferanten zu decken.“³⁹²

Genauso ist die sogenannte englische Klausel zu werten, bei der der Käufer verpflichtet ist, dem Lieferanten ein besseres Angebot zu melden und darauf nur eingehen darf, wenn dieser kein Ausgleichsgeschäft verlangt.³⁹³

Bei der Mengenvorgabe handelt es sich um eine schwache Form des Wettbewerbsverbots, „wo mit Anreizen oder Verpflichtungen, die zwischen dem Lieferanten und Käufer vereinbart werden, dem Käufer auferlegt wird, seine Käufe weitgehend bei nur einem Lieferanten zu konzentrieren.“³⁹⁴

Die mit dem Markenzwang verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen sind die Abschottung des Marktes für konkurrierende oder potentielle Lieferanten, die Erleichterung der Kollusion auf der Ebene der Lieferanten im Falle einer kumulierenden Anwendung und ein Verlust des markeninternen Wettbewerbs in den Verkaufsstätten, falls es sich bei dem Verkäufer um einen Einzelhändler handelt, der an Endverbraucher verkauft. Alle drei beschränkenden Wirkungen haben eine direkte Auswirkung auf den Markenwettbewerb.

Es kommt bei der Beurteilung der Zulässigkeit auf eine Gegenüberstellung von derzeitigem und hypothetisch möglichem Wettbewerbszustand an. Der Wettbewerb ist so zu betrachten, wie er ohne die fragliche Vereinbarung bestehen würde.³⁹⁵ Es ist der wirtschaftliche und rechtliche Gesamtzusammenhang zu berücksichtigen.³⁹⁶ Die Kommission hat daher in den Leitlinien für vertikale Beschränkungen insgesamt acht allgemeine Prüfungskriterien für die

³⁹¹ Leitlinien über vertikale Beschränkungen, Rn 138.

³⁹² Leitlinien über vertikale Beschränkungen, Rn 106.

³⁹³ Sie ist unzulässig, weil der Käufer von seinem Lieferanten beziehen muss, auch wenn er trotz gleichen Preises aus anderen Gründen das Konkurrenzprodukt beziehen möchte. So KommE 79/934/EWG, BP Kemi – DDSF, ABl. L 286 vom 5.9.1979, S. 32, 41 f.

³⁹⁴ Leitlinien über vertikale Beschränkungen, Rn 152.

³⁹⁵ Grundlegend: EuGH 30.6.1966, Rs. 56/65, Slg. 1966, 282 „Maschinenbau Ulm“; aus der neueren Rsp: EuGH 28.5.1998, Rs. C-7/95 P, Slg. 1998, I-3111 Tz. 76 „Deere/Kommission“; EuGH 28.5.1998, Rs. C-8/95 P, Slg. 1998, I-3175 Tz. 90 „NewHolland Ford/Kommission“.

³⁹⁶ EuGH 12.12.1967, Rs. 23/67, Slg. 1967, 543 „Brasserie de Hecht“.

Beurteilung der Wettbewerbsauswirkungen formuliert. Zu prüfen ist demnach die Marktstellung des Lieferanten, die Marktstellung der Wettbewerber, die Marktstellung des Käufers, Marktzutrittschranken, die Marktreife, Handelsstufe, die Beschaffenheit des Produkts sowie sonstige Faktoren.³⁹⁷

Der Markenzwang ist mit der GVO bis zu einem Marktanteil von 30% freigestellt, sofern die Wettbewerbsverbotsverpflichtung auf bis zu 5 Jahre beschränkt ist. Die Wettbewerbsverbote können verlängert werden. Jenseits der Marktanteilsschwelle und der Fünfjahresfrist gelten für die Bewertung von Einzelfällen folgende Erwägungen:

Zunächst kommt es auf die Marktstellung des Lieferanten an. Der Lieferant wird diese Bindung einer Reihe von Käufern auferlegen. Es wird die Marktstellung des Lieferanten geprüft, um zu beurteilen, ob der Käufer wirtschaftlich gezwungen ist, dem Wettbewerbsverbotsvertrag zuzustimmen.

Des weiteren sind Ausmaß des gebundenen Marktanteils und Dauer der Anwendung von Bedeutung. Je höher der gebundene Marktanteil ist und je länger die Anwendung dauert, desto ausgeprägter ist die Marktabstottung.

Für die Marktmacht des Lieferanten ist die Marktstellung der Wettbewerber von Bedeutung. Bei ausreichend starken Wettbewerbern kann nicht angenommen werden, dass eine spürbare wettbewerbswidrige Wirkung entsteht. Wenn konkurrierende Lieferanten spürbar kleiner sind, wird eine Abstottung erfolgen. Angestammte Unternehmen sind nicht in der Gefahr abstottet zu werden, wenn sie eine ähnliche Marktstellung einnehmen und in der Lage sind, ebenso attraktive Produkte anbieten zu können.

Zutrittschranken sind wichtig für die Feststellung, ob eine tatsächliche Abstottung vorliegt. Geprüft wird, ob es für neu eintretende Konkurrenten möglich ist, Verkaufsstätten für eine Ware oder Dienstleistung über eine nachgeordnete vertikale Integration zu errichten.

Die Nachfragemacht gibt Aufschluss darüber, ob sich Käufer gegen Lieferanten durchsetzen können. Vor allem bei einem gestreuten Käufersegment besteht eine große Gefahr der nicht

³⁹⁷ Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen, ,ABl. EG 2000 Nr. C 291, S. 1 ff., Tz. 121.

auf Effizienzgewinn beruhende Abschottung, die sich negativ auf den Endverbraucher auswirkt.

Nach europäischen Entscheidungen hängen die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen von zwei Faktoren ab.³⁹⁸ Zum ersten Faktor zählt die Marktstruktur, im einzelnen die allgemeine Zugänglichkeit des Marktes. Dabei spielt die Bindungsquote (die Anzahl der gebundenen Abnehmer) eine maßgebliche Rolle. Erhebliche Marktabschottung wurde bei einem Bindungsgrad von 50% und mangelnden Alternativen zum Marktzutritt über andere Absatzkanäle angenommen.³⁹⁹ Wenn das Wettbewerbsverbot sich auf Wiederverkäufer bezieht, kommt es auch darauf an, ob alternative Formen des Absatzes zur Verfügung stehen.

Der zweite Faktor ist der Beitrag zur Marktabschottung, den der betreffende Vertrag bzw. das Vertragsbündel leistet. Die Marktabschottung ist nur denjenigen Lieferanten zuzurechnen, die dazu in erheblichem Ausmaß beitragen. Es kommt insoweit sowohl auf die Marktstellung der betreffenden Unternehmen als auch auf die Laufzeit der fraglichen Verträge an.⁴⁰⁰ Beispielsweise liegt ein erheblicher Beitrag dann vor, wenn die gebundenen Abnehmer im langjährigen Schnitt zwischen 6 bzw. 9,5% Marktanteil repräsentieren. Auch wurde bereits ein erheblicher Beitrag bei Marktanteilen zwischen 6 und 7,5% angenommen.⁴⁰¹

Es bleibt also zusammenfassend festzuhalten, dass eine Bewertung von Markenzwang beinhaltenden Vereinbarungen jenseits der Marktanteilsschwelle und Fünfjahresfrist von vielen Faktoren abhängen und im Einzelfall einer genauen Prüfung unterzogen werden müssen. Das macht eine Beurteilung für die betroffenen Unternehmen sehr schwierig, wobei insbesondere auf das Risiko der Selbstbewertung nach dem neuen Legalausnahmesystem der VO 1/2003 hinzuweisen ist.⁴⁰²

2. Vertriebsbeschränkung

³⁹⁸ EuGH Rs. C-234/89, Delimitis, Slg. 1991, I-935; Rs. C-214/99, Neste, Slg. 2000, I-11 121 Rn 25ff.

³⁹⁹ KomE 1999/474/EG, Scottish and Newcastle, ABl. 1999 L 186/28 Rn 123.

⁴⁰⁰ Zur Bedeutung der Laufzeit siehe zuletzt EuG, Rs. T-25/99, Roberts/Kommission, Slg. 2001, II-1881 Rn 76ff.

⁴⁰¹ KomE 1999/230/EG, Whitebread, ABl. 1999 L 88/26 Rn 136; vgl. dazu die einschlägigen Regelungen der de-minimis-Bekanntmachung, ABl. 2001 C 368/13 (Tz 8).

⁴⁰² Ebenfalls auf die praktischen Probleme der Gesamtbeurteilung hinweisend: Zimmer in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Teil 1, Rz 355.

Wird dem Käufer eine Beschränkung bezüglich des Gebietes oder eines gewissen Kundenkreises auferlegt, so spricht man von einer Vertriebsbeschränkung. Dass diese Beschränkungen Auswirkungen auf die Marktaufteilung haben können, liegt auf der Hand. Grundsätzlich kann man zwischen Kunden- und Gebietsbindung unterscheiden.

„Die Kundenbindung ist das Verbot für den Vertriebshändler, an bestimmte Kunden bzw. Kundenklassen zu verkaufen.“⁴⁰³ Wird die Tätigkeit eines Händlers auf ein bestimmtes Absatzgebiet beschränkt, spricht man von einer Gebietsbindung. Als Unterklassen lassen sich der absolute und der beschränkte Gebietsschutz feststellen. Bei absolutem Gebietsschutz handelt es sich um Vereinbarungen, bei denen sich der Lieferant verpflichtet, in einem bestimmten Gebiet keinen anderen Händler zu beliefern und Maßnahmen verspricht, die jegliche Belieferung von Kunden in diesem Gebiet durch andere Händler ausschließt. Zum beschränkten Gebietsschutz zählt ua die Standortklausel. Bei ersterer kann der Händler zwar außerhalb des Vertragsgebiets kontrahieren, er darf aber nicht aktiv werben und Kunden ansprechen.⁴⁰⁴ Zu den sonstigen Klauseln zählen die „Übergrenzprovisionen“, bei der eine Ausgleichszahlung für jeden Kunden aus einem fremden Vertragsgebiet geleistet werden muss und die „Marktverantwortungsklausel“ bei der der Händler im eigenen Gebiet bestimmte Umsätze erreichen muss, sodass er sich fremden Gebieten nicht ausreichend widmen kann.

Zu den Vertriebsbeschränkungen zählen weiters die Alleinbelieferung - wo in einer Vereinbarung festgelegt wird, dass der Lieferant das Produkt ausschließlich an einen Käufer liefern darf⁴⁰⁵ -, die ausschließliche Kundenzuteilung - bei der die Verpflichtung an einen bestimmten Vertriebshändler zu liefern vereinbart wird -, die Vorgabe von Absatzmengen und der selektive Vertrieb. Bei selektiven Vertriebssystemen handelt es sich um Netzwerke von gleichförmigen Verträgen, durch die ein Hersteller ausgewählte Absatzmittler verpflichtet, bestimmte Vertriebswege einzuhalten, insbesondere die Vertragsprodukte nicht an außenstehende Händler zu liefern. Im Gegenzug verpflichtet sich der Hersteller, auch nur an die ausgewählten Absatzmittler zu liefern.⁴⁰⁶

⁴⁰³ Kapp, 27.

⁴⁰⁴ Fitz/Gamerith, 95.

⁴⁰⁵ Leitlinien über vertikale Beschränkungen, Rn 202.

⁴⁰⁶ Beutelmann, 19.

In der Praxis wurden Alleinvertriebsvereinbarungen grundsätzlich als wettbewerbsbeschränkend angesehen, insbesondere wenn die Alleinstellung des Händlers zusätzlich noch durch anderen Händlern auferlegte Verkaufsbeschränkungen abgesichert wird.⁴⁰⁷

In der GVO 2790/1999 wird jedoch eine Freistellung gewährt, wenn der Lieferant in seinem Markt nicht mehr als 30% Marktanteil hält. Die GVO 2790/1999 verlangt nicht, dass das Vertragsgebiet exklusiv einem einzigen Händler zugewiesen wird. Die GVO stellt auch die Zusage frei, im Vertragsgebiet eine bestimmte Anzahl von Händlern zu beliefern. In der Praxis dürften Lieferanten diese Möglichkeit aber nur selten in Anspruch nehmen, da die Händler in dieser Konstellation nicht vor Verkäufen von Händlern aus anderen Vertragsgebieten geschützt werden können.⁴⁰⁸

Schließlich sind Exportverbote nur insoweit zulässig, als sich der Lieferant bestimmte Gebiete selbst vorbehalten will oder einem anderen Käufer zugewiesen hat. Die ausschließliche Zuweisung eines Gebietes beinhaltet nach Ansicht der Kommission nicht nur das Versprechen, keine weiteren Händler in dem Vertragsgebiet einzusetzen, sondern auch die Zusage, den Händler auch vor Exporten der anderen Händler zu schützen.⁴⁰⁹

Ein absoluter Gebietsschutz ist nicht freigestellt. Freigestellt ist lediglich ein Verbot des aktiven Verkaufs im Vertragsgebiet eines anderen Herstellers, wobei man unter aktivem Verkauf den Verkauf mit vorherigen aktiver Ansprache von Kunden in einem Gebiet versteht.⁴¹⁰ Ein Ausschluss des passiver Verkaufs, bei dem der Händler trotz unterlassener Ansprache mit einem Kunden aus einem anderen Vertragsgebiet kontrahiert, ist demnach nicht möglich. Gemäß Art 4 GVO 2790/1999 sind neben der Zuweisung von Gebieten auch die Zuweisung spezifischer Kundengruppen in Form von Beschränkungen des aktiven Verkaufs an andere Händlern zugewiesenen Kundengruppen ausdrücklich freigestellt. Durch

⁴⁰⁷ EuGH, verb. Rs. 56 u 58/64, Consten und Grundig/Kommission, Slg. 1966, 321 (390ff).

⁴⁰⁸ *Eilmansberger* in *Streinz*, Art 81 Rz 175.

⁴⁰⁹ Leitlinien über vertikale Beschränkungen, Rz 50, Satz 3.

⁴¹⁰ Leitlinien über vertikale Beschränkungen, Rz 50.

die damit bewirkte Spezialisierung der Händler sollen ähnliche Effizienzgewinne erzielt werden wie bei Gebietsschutzvereinbarungen.⁴¹¹

3. Vertikale Preisbindungen beim Wiederverkauf

Zur vertikalen Preisbindung zählen Vereinbarungen, „die im wesentlichen bewirken, dass der Käufer verpflichtet oder dazu gebracht wird, nicht unterhalb eines bestimmten Preises, zu einem bestimmten Preis bzw. nicht oberhalb eines bestimmten Preises zu verkaufen.“⁴¹² Es kommen also Mindestpreise, Höchstpreise, Festpreise und empfohlene Preise in Betracht. Jedenfalls unbedenklich sind Höchstpreise und empfohlene Preise, wenn sie sich nicht wie Preisbindungen auswirken. Preisbindungen können auch indirekt umgesetzt werden, zB durch die Festsetzung einer Marge.

Mögliche Erscheinungsformen sind der Alleinbezug, Gebietsbeschränkung beim Wiederverkauf, die Zuweisung eines Gebietes der hauptsächlichen Zuständigkeit, Beschränkungen beim Standort des Vertriebshändlers, Beschränkungen beim Wiederverkauf an Kunden und Wiederkaufsverbote. Beim Alleinbezug darf der Käufer ein bestimmtes Produkt nur von einem Lieferanten beziehen. Andere Produkte darf er jedoch von anderen Lieferanten beziehen.

Es ist seit langem im europäischen Recht anerkannt, dass Preisbindungen in Vertriebssystemen für den Wettbewerb schädlich sein können.⁴¹³ Darin hat sich bis in die jüngste Vergangenheit nichts geändert.⁴¹⁴ Es sei jedoch erwähnt, dass die ökonomische Theorie in den letzten Jahrzehnten starke Zweifel geäußert hat, ob eine wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung besteht.⁴¹⁵ Insbesondere von der Chicago School of Antitrust Analysis wird vertreten, dass Preisbindungen Ausdruck einer effizienten

⁴¹¹ Leitlinien über vertikale Beschränkungen, Rz 182.

⁴¹² Leitlinien über vertikale Beschränkungen, Rn 111.

⁴¹³ EuGH 25.10.1977, Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875 Tz. 21 „Metro/Saba I“; EuGH 25.10.1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151 Tz. 43 „AEG/Telefunken“; KommE 22.12.1996, ABl. EG 1977 Nr. L 26, S. 8 Tz. 3 c) „Gerofabrik“.

⁴¹⁴ EuG 13.1.2004, Rs. T 67/01, Slg. 2004, II-49 Tz. 121 „JCB Service“; KommE 5.7.2000, ABl. EG 2001 Nr. L 54, S. 1 Tz. 86 „Nathan-Bricoloux“.

⁴¹⁵ Glasow, Vertikale Preisbindungen, 90ff.

Markstruktur sein können und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen.⁴¹⁶ Die Kommission untersuchte im Rahmen der Vorarbeiten für die GVO 2790/1999 ausführlich die ökonomischen Effekte von Preisbindungen⁴¹⁷ und kam zu dem Ergebnis, dass diese Bindungen als gravierende Eingriffe in den Wettbewerb zu werten sind und nach Art 81 EGV deshalb verboten sind.⁴¹⁸ Dies schließt aber eine Einzelfreistellung oder die Freistellung im Rahmen einer Gruppenfreistellung aber nicht grundsätzlich aus.

Beim häufigsten Fall, der Preisbindung der zweiten Hand, verpflichtet sich der Abnehmer und Weiterverkäufer gegenüber einem Lieferanten, in Verträgen mit seinen Abnehmern, einen bestimmten Preis zu verlangen.⁴¹⁹ Der Begriff des Preises ist dabei weit zu verstehen und umfasst nicht nur Festpreise, sondern auch die mittelbare Festsetzung des Preisniveaus. In der Praxis werden Festpreisbindungen in Vertriebssystemen als Kernbeschränkung gewertet und gelten daher unabhängig von der Marktwirkung als verboten.⁴²⁰

Mindestpreisvereinbarungen, die der Unterschreitung eines bestimmten Mindestpreises entgegenstehen, werden als – der Freistellung ohne weiteres entgegenstehende – „schwarze Klauseln“ gewertet.⁴²¹

Höchstpreisfestsetzungen, bei denen lediglich ein gewisses Preisniveau nicht überschritten werden darf und sich daher nicht wie eine Fest- oder Mindestpreisvereinbarung auswirken, werden – bei Vorliegen der allgemeinen Freistellungsvoraussetzungen – nicht als wettbewerbsschädlich angesehen.⁴²²

⁴¹⁶ Bork, The Antitrust Paradox, 288.

⁴¹⁷ Grünbuch der EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeeinträchtigungen, KOMM. 1996 721 endg.; Rey/Caballero-Sanz, Economic Papers No. 119, 1996.

⁴¹⁸ Grünbuch der EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeeinträchtigungen, KOMM. 1996 721 endg., Tz. 276.

⁴¹⁹ Wägenbaur in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Art 81 Abs 1 Rdnr. 224; Kirchhoff in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 11 Rn. 6; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, Art 81 Rn 83.

⁴²⁰ De-minimis-Bekanntmachung der Kommission 22.12.2001, ABl. EG 2001 Nr. C 368/07, Tz. 11 Nr. 2 lit. a.

⁴²¹ Art. 4 lit a der Verordnung Nr. 2790/1999 der Kommission 22.12.1999 über die Anwendung von Art 81 Abs 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EG Nr. L 336 29.12.1999; Art 4 Abs 1 lit a der Verordnung Nr. 1400/2002 der Kommission 31.7.2002 über die Anwendung von Art 81 Abs 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugverkehr, ABl. EG Nr. L 203/30 1.8.2002.

⁴²² Art 4 lit a der Verordnung Nr. 2790/1999 der Kommission 22.12.1999 über die Anwendung von Art 81 Abs 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EG Nr. L 336 29.12.1999; Art 4 Abs 1 lit a der Verordnung Nr. 1400/2002 der Kommission 31.7.2002 über die Anwendung von Art 81 Abs 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander

Auch verboten sind Preisbindungen durch Nachfrager, wenn dadurch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird. Dazu zählt auch die Meistbegünstigungsklausel, bei welcher der Lieferant anderen Abnehmern nicht günstiger liefern darf.⁴²³ Der Anbieter kann so den Preis rechtlich nicht mehr frei festsetzen, was nach hL einen Verstoß gegen Art 81 Abs 1 EGV begründet.⁴²⁴ Eine Entscheidung der Kommission oder der Gerichte liegt bislang noch nicht vor.

Grundsätzlich zulässig hingegen sind unverbindliche Preisempfehlungen. Einseitige Preisempfehlungen vom Lieferanten sind von Art 81 Abs 1 EGV nicht erfasst.⁴²⁵ Durch abgestimmte Verhaltensweise kann eine Preisempfehlung allerdings einen Verstoß darstellen⁴²⁶, insbesondere dann, wenn sie wie eine mittelbare Preisfestsetzung wirkt. Bereits als unzulässig wurde von der Kommission eine Verpflichtung von Abnehmern gewertet, bei Weiterveräußerung an Einzelhändler Endverkaufspreise zu empfehlen.⁴²⁷

4. Marktaufteilung

Bei der Marktaufteilung soll bewirkt werden, dass „der Käufer in der Wahl seines Bezuges und des Wiederverkaufs eines bestimmten Produktes eingeschränkt wird.“⁴²⁸ Dazu zählen Alleinbezugsverträge, durch die der Käufer aufgrund einer mit dem Lieferanten vereinbarten Verpflichtung oder Anreizregelung gezwungen ist, seinen Bedarf an einem bestimmten Produkt bei einem benannten Lieferanten zu beziehen, jedoch die Freiheit hat, auch konkurrierende Produkte zu kaufen und zu verkaufen. Dazu gehören auch Gebietsbeschränkungen für den Weiterverkauf, die Zuweisung eines Gebiets der hauptsächlichen Zuständigkeit, Beschränkungen in Bezug auf den Standort des Vertriebshändlers und Beschränkungen in Bezug auf den Weiterverkauf an Kunden.

abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugverkehr, ABl. EG Nr. L 203/30 1.8.2002; Tz. 11 Nr. 2 lit a *De-minimis*-Bekanntmachung der Kommission 22.12.2001, ABl. EG 2001 Nr. C 368/07.

⁴²³ Kirchhoff in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 10 Rn 277.

⁴²⁴ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, Art 81 rn 83; Schultze/Pautke/Wagener, Vertikal GVO, Art 4 lit A Rn 432; Wenig in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU/EG-Vertrag Art 85 Rn 187.

⁴²⁵ EuGH 28.1.1986, Rs 161/84, Slg 1986, 353 Tz. 25 „Pronuptia“.

⁴²⁶ EuGH 28.1.1986, Rs 161/84, Slg 1986, 353 Tz. 25 „Pronuptia“; KOMM. 16.12.1985, ABl. EG 1985, Nr. L 376/15 Tz. 33.

⁴²⁷ KommE 22.12.1987, ABl. EG 1987, Nr. L 45/34 Tz. 32 „ARG/Unipart“.

⁴²⁸ Leitlinien über vertikale Beschränkungen, Rn 113.

Da es zu einem Rückgang des markeninternen Wettbewerbs kommt, ist es für den Lieferanten leichter, den Markt aufzuteilen, wodurch auch Preisdiskriminierungen erleichtert werden, was selbstverständlich negative Auswirkungen auf den Wettbewerb hat.

C. Vertriebssysteme

Traditionell werden vertikale Bindungen in die Kategorien Alleinvertrieb, Alleinbezug, selektiver Vertrieb und Franchising eingeteilt. Häufig kann jedoch ein Vertriebssystem der Praxis nicht genau in eine der Kategorien eingeteilt werden, weil es sich um eine Kombination verschiedener Kategorien handelt. Möglich ist ein gegenseitiger Alleinvertrieb, kombinierter Alleinvertrieb und Alleinbezug, zweistufiger Alleinvertrieb und Alleinbezug und kombinierter Alleinvertrieb.⁴²⁹

Wie viele Vertriebsstufen eingeschaltet werden, liegt im Ermessen des Herstellers. Er kann direkt an die Vertriebshändler liefern, oder einen Alleinvertriebshändler zwischenschalten, der die Produkte dann an Vertriebshändler oder Großhändler weiterverkauft. Innerhalb der EU ist es üblich, dass der Hersteller zuerst einen für das jeweilige Mitgliedsland zuständigen Alleinvertriebshändler beliefert, der dann den weiteren Vertrieb organisiert.⁴³⁰

1. Selektiver Vertrieb

Unter selektivem Vertrieb versteht man eine Vertriebsform, bei welcher der Hersteller in einem bestimmten Gebiet nur eine gewisse Zahl von ausgewählten Händlern aufgrund von qualitativen oder quantitativen Kriterien zulässt. Insbesondere Geschäftsausstattung, Kundendienst, Beratungspotential oder Sortimentsbreite zählen zu den qualitativen Kriterien. Quantitative Anforderungen sind zB verschiedene Quoten pro Region oder Quoten, die sich nach der vorhandenen bzw der potentiellen Nachfrage nach dem Produkt in der jeweiligen Region richten. Grundsätzlich ist der quantitative selektive Vertrieb nicht zulässig. Eine Ausnahme besteht nur für eine individuelle Freistellungen aufgrund der komplizierten Technik des fraglichen Produkts in Verbindung mit der Notwendigkeit eines besonders

⁴²⁹ Duijm, 23.

⁴³⁰ Buchtova, Marktstrukturelle Kriterien bei der kartellrechtlichen Beurteilung vertikaler Bindungen im europäischen und im tschechischen Kartellrecht, Entwicklungen in Handel und Vertrieb, 30ff.

qualifizierten Kundendienstes und des Schutzes der Abnehmer vor Gesundheitsgefahren.⁴³¹ Zugelassen wurde eine solche Selektion durch die Gruppenfreistellungsverordnung für Kfz-Vereinbarungen.⁴³²

a. Fachhandelsbindungen

Die Fachhandelsbindung ist der wichtigste Fall der qualitativen Selektion. Dabei verpflichtet der Hersteller den Großhändler nur an Facheinzelhändler („zugelassene Wiederverkäufer“) zu liefern. Damit soll der Verkauf hochwertiger Qualitätserzeugnisse dem Fachhandel mit seinen bewährten Nebenleistungen vorbehalten werden und ein entsprechendes Preisniveau gesichert werden.⁴³³

Man unterscheidet weiter zwischen der einfachen und der qualifizierten Fachhandelsbindung. Bei der einfachen Fachhandelsbindung werden Anforderungen bezüglich der Fachkenntnisse des Verkaufspersonals, die Geschäftsausstattung, die Lage des Geschäfts, die Möglichkeit des Vertriebs des Produktes über Fachabteilungen, die Verkaufsförderungspflichten, Lagerhaltungspflichten und Bestimmungen über Mindestabnahme und Warensortimente an die Fachhändler gestellt.

Bei der qualifizierten Fachhandelsbindung gehen diese Anforderungen über das Maß des ordnungsgemäßen Vertriebs hinaus. Als Beispiel kann eine besondere Vertriebsförderungsspflicht, die über das normale Maß hinausgeht, angeführt werden.⁴³⁴ Sie bedarf einer Freistellung, die gewährt wird, wenn die Pflichten zur Verbesserung des Absatzes der Produkte beitragen können.

Nach dem sog. „Metro-Test“ müssen die qualitativen Kriterien einheitlich festgelegt und diskriminierungsfrei gehandhabt werden und auch nach der Art des Produkts für dessen Vertrieb gerechtfertigt erscheinen.⁴³⁵ Da eine qualitative Einschränkung auch zu einer

⁴³¹ Rs. C-376/92, Metro/Cartier, vom 13.1.1994, Slg. 1994, I-15, I-39 ff.

⁴³² Verordnung (EG) Nr. 1475/95 der Kommission vom 28.6.1995 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge, ABl. L 145 vom 29.6.1995, S. 25.

⁴³³ Fitz/Gamerith, 95 f.

⁴³⁴ Rs. 31/80, L'Oréal, vom 11.12.1980, 3775, 3791.

⁴³⁵ Rs. 27/76, Metro/SABA I, vom 25.10.1977, Slg. 1977, 1875, 1905 f.

quantitativen führt, kann je nach Art und Umfang die Bindung gegen Art 81 EGV verstoßen. Unerheblich ist dabei aber, in welchem Ausmaß Händler vom Vertrieb ausgeschlossen werden.⁴³⁶

b. Zulässigkeit von selektiven Vertriebssystemen

Durch selektive Vertriebssysteme wird der Intra-brandwettbewerb praktisch ausgeschaltet, was eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Andererseits wird der Inter-brandwettbewerb im Optimalfall gestärkt.

Es kommt bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von selektiven Vertriebssystemen auf die Struktur des relevanten Marktes und die Intensität des bestehenden Markenwettbewerbs an. Bei ausreichender Anzahl von Wettbewerbern und ausgewogener Wettbewerbsstruktur sind von einer Straffung der Vertriebssysteme positive Auswirkungen auf den Markenwettbewerb zu erwarten. Es ist daher zu prüfen, ob die Auswirkungen selektiver Vertriebssysteme auf den Intra-brandwettbewerb zwischen den Händlern vernachlässigt werden können, solange ein ausreichender Inter-brandwettbewerb besteht und sich keine horizontalen Händlerkartelle nachweisen lassen. Bei der Beurteilung von Vertriebssystemen hat die Kommission jedoch auch dem Ziel der Marktintegration Rechnung zu tragen. Ein Missbrauch von selektiven Vertriebssystemen zur Isolierung nationaler Märkte und Aufrechterhaltung von unterschiedlichen Preisniveaus ist möglich. Deswegen wird seitens der Kommission den Auswirkungen selektiver Vertriebssysteme auf den Intra-brandwettbewerb stärkere Bedeutung beigemessen.⁴³⁷

Nach herrschender europäischer Rsp ist ein selektives Vertriebssystem darüber hinaus nur dann zulässig, wenn es nach der Beschaffenheit des Produktes erforderlich ist.⁴³⁸ Es muss geeignet sein die Qualität des Produkts zu wahren und den richtigen Gebrauch zu gewährleisten.⁴³⁹

⁴³⁶ Rs. 21/81, *Demo-Studio Schmidt*, vom 11.10.1983, Slg. 1983, 3045, 3064.

⁴³⁷ siehe dazu auch *Schröter/Jakob/Mederer*, 584.

⁴³⁸ Rs. 99/79, *Lancome*, vom 10.7.1980, Slg. 1980, 2511, 2536; Rs. 31/80, *L'Oréal*, s.o., 3791.

⁴³⁹ Rs. 31/80, *L'Oréal*, s.o., 3791.

Üblich sind selektive Vertriebssysteme bei Luxusartikeln und technisch hochwertigen Produkten, wie Kosmetika, Kraftfahrzeugen und Computern. Bei solchen Produkten wird einerseits Kunden- und Garantiedienst, Wartung sowie Reparatur gewährleistet und andererseits das Image durch eine Anhebung des Niveaus beim Verkauf gepflegt.

In der Lehre wird dieser Ansatz der europäischen Rsp als zu streng kritisiert und vertreten, dass der Hersteller entscheiden können soll, ob bzw wie er seine Produkte vertreibt. „Die Beurteilung, ob ein bestimmtes Produkt frei vertrieben werden soll oder nicht, darf nicht von den Kriterien der Kommission abhängig gemacht werden. Solange Wettbewerb zwischen den Herstellern besteht, gibt es keinen Anlass, gegen Fachhandelsbindungen einzuschreiten.“⁴⁴⁰

Jedenfalls mit Art 81 Abs 1 EGV vereinbar sind jene selektive Vertriebssysteme, bei denen die Auswahl der Wiederverkäufer aufgrund objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die sich auf die fachliche Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals und seine sachliche Ausgestaltung beziehen und sofern diese Voraussetzungen einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewandt werden.⁴⁴¹ Unter objektiven Gesichtspunkten sind jene Kriterien zu verstehen, die vom Abnehmer grundsätzlich in eigener Verantwortung und aufgrund eigener Erkenntnis bestimmbar sind. Unter qualitativen Gesichtspunkten versteht man Kriterien, die sich auf die fachliche Eignung des Wiederverkäufers und seines Geschäftsbetriebs beziehen, wodurch der Vertrieb der Waren unter angemessenen Bedingungen gewährleistet wird. Dabei können etwa Anforderungen wie fachliche Ausbildung, angemessene Verkaufsräume und Erbringung von Kundendienstleistungen als qualitative Kriterien im Sinne von Art 81 Abs 1 EGV angesehen werden, wenn sie der Besonderheit des Produkts entsprechen.⁴⁴² Dass die Zulassungskriterien diskriminierungsfrei sein müssen, bedeutet in der Praxis, dass jeder Händler, der die vom Hersteller verlangten Erfordernisse erfüllt, zum Vertriebsnetz zugelassen werden muss.⁴⁴³

⁴⁴⁰ *Gleiss/Hirsch/Burkert*, 643.

⁴⁴¹ EuGH – Metro/Kommission (SABA I), 26/76 – Slg. 1977, 1905 Rn. 20; EuGH – Lancome/Etos, 99/79 – Slg. 1980, 2511, Rn 20; EuGH – Metro/Kommission (SABA II), 75/84 – Slg 1986, 3021; EuGH- AEG Telefunken, 107/82 – Slg 1983, 3151.

⁴⁴² KommE IBM, ABl.1984 Nr. L 118 S 24; KommE Grundig, AbL 1994 Nr. L 20 S 15; KommE Yves Saint-Laurant, ABl 1992 Nr L 12 S 24.

⁴⁴³ EuGH Demo/Revox, 210/81 – Slg. 1983, 3045 ff.

Eine Ausnahme von diesen allgemeinen Kriterien besteht nur bei einer großen Anzahl an gleichartigen Vertriebssystemen, die keinen Platz für andere Arten des Vertriebs zulassen oder eine starre Preisstruktur bewirken, die nicht durch effektiven Wettbewerb innerhalb der Marke oder zwischen den Marken ausgeglichen wird. Hier findet Art 81 Abs 1 EGV auch auf einfache Fachhandelsbindungen oder offene selektive Vertriebssysteme Anwendung.⁴⁴⁴

Als nicht wettbewerbsbeschränkend wurden daher das Verbot, andere Händler zu beliefern, die die qualitativen Kriterien nicht erfüllen, ein für Großhändler geltendes Verbot der Belieferung privater Endabnehmer, wenn damit die Aufgabendrennung zwischen Groß- und Einzelhandel abgesichert wird, die Verpflichtung, gewisse vor und nach dem Verkauf anfallende Dienstleistungen anzubieten, das Erbringen von Garantieleistungen, die Verpflichtung zur Beratung des Kunden, die Verpflichtung, dem Hersteller Informationen zu erteilen, eine Kundenbeschränkung wegen der besonderen Art der Tätigkeit bestimmter Wiederverkäufer, die Verpflichtung, den Namen oder die Handelsmarken des Herstellers auf eine bestimmte Art zu verwenden, die Verpflichtung normale Geschäftsstunden einzuhalten, die Verpflichtung zur Teilnahme an Ausbildungsseminaren sowie das Verbot, Waren niedriger Qualität in der Nähe der Vertragsprodukte zu verkaufen betrachtet.⁴⁴⁵

2. Alleinvertrieb

Verpflichtet sich der Hersteller, für ein geographisches Gebiet nur einen Vertriebspartner einzusetzen, liegt Alleinvertrieb vor. Im Grunde stellt diese Form des Vertriebs eine Extremform des quantitativen selektiven Vertriebs dar.⁴⁴⁶

Da der Hersteller keinen anderen Gebietshändler beliefern darf, kann der Alleinvertriebshändler fast ein „regionales Monopol“⁴⁴⁷ genießen. Im Gegenzug kann dem Vertriebshändler auch die Alleinbezugspflicht auferlegt werden, dh, er darf nur vom Hersteller direkt beziehen. Darüber hinaus können auch das Konkurrenzverbot des Händlers, das Verbot anderweitiger wirtschaftlicher Betätigung des Händlers und Vertriebsförderungspflichten vereinbart werden. Es kann ein absoluter oder ein relativer

⁴⁴⁴ EuGH –Metro/Kommission (SABA II), 75/84 – Slg 1986, 3021.

⁴⁴⁵ Zu den einzelnen Judikaten siehe *Schröter/Jakob/Mederer*, 587.

⁴⁴⁶ *Kirchhoff*, 17.

⁴⁴⁷ *Duijm*, 21.

Gebietsschutz vereinbart werden. Von der Strenge des Gebietsschutzes hängt ab, ob eine solche Vereinbarung durch eine Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt ist.⁴⁴⁸

Dieses System hat viele Vorteile. Der Hersteller kann seine Vertriebsstruktur schlanker gestalten und so Kosten einsparen. Besonders Transaktionskosten fallen weg und es braucht nicht auf die jeweiligen Eigenheiten und Unterschiede in den einzelnen Vertriebsgebieten eingegangen werden (unterschiedliches Recht, Sprachen, Usancen etc).

Der Vorteil für den Alleinvertriebshändler liegt darin, dass er vor dem Intra-brand-Wettbewerb weitgehend geschützt ist. Er muss über den bloßen Vertrieb hinaus sicher stellen, dass herstellerorientierte Leistungen erbracht werden, die ihm nicht abgeboten werden (zB Einrichtung einer besonderen Verkaufsumgebung). Somit liegt die Gegenleistung für diesen exklusiven Schutz in der Erbringung von Sonderleistungen für den Hersteller.

Man spricht von „Sternverträgen“, wenn sich der Alleinbezieher verpflichtet, die Ware nicht in ein Vertragsgebiet eines anderen Alleinbeziehers zu liefern und sich der Hersteller verpflichtet, gleichartige Verpflichtungen auch allen anderen Gebietshändlern aufzuerlegen. Diese Vertragsart führt zur Abschottung der einzelnen Vertragsgebiete.⁴⁴⁹

Nach EG-Kartellrecht sind Alleinvertriebsverträge mit absolutem Gebietsschutz grundsätzlich verboten. Alleinvertriebsvereinbarungen ohne absoluten Gebietsschutz, stellen solange keine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung dar, wie sie Parallelimporte zwischen den einzelnen Vertragsgebieten nicht behindern. In Einzelfällen können solche Verträge jedoch zulässig sein, wenn die Beteiligten eine schwache Stellung auf dem Markt haben und keine Beschränkung in Bezug auf den Parallelhandel vereinbart wird.⁴⁵⁰ Von den Gemeinschaftsgerichten und der Kommission wurde ein absoluter Gebietsschutz aus binnenmarktspezifischen Gründen stets mit besonderer Schärfe geahndet.⁴⁵¹

Bei „Einfachen“ Alleinvertriebsvereinbarungen wurde dagegen ausgesprochen, dass eine Alleinvertriebsvereinbarung überhaupt keine Wettbewerbsbeschränkung darstellt, „wenn sich

⁴⁴⁸ Nach Art 2 lit c GVO Nr. 1983/83 und Art 3 Nr 8 lit b GVO Nr 1475/95 stellen das Verbot des aktiven Verkaufs im fremden Vertriebsgebiet frei.

⁴⁴⁹ *Fitz/Gamerith*, 94.

⁴⁵⁰ Rs. 1/71, *Cadillon/Höss*, vom 6.5.1971, Slg. 1971, 351, 356.

⁴⁵¹ *Immenga/Mestmäcker*, Art 81 Abs 1 EGV, Rz 357.

die Vereinbarung gerade für das Eindringen eines Unternehmens in ein Gebiet, in dem es bisher nicht tätig war, als notwendig erweist“.⁴⁵² Die Feststellung des EuGH beruht also auf dem Markterschließungsgedanken, wonach eine Wettbewerbsbeschränkung deswegen nicht vorliegt, weil der beschränkte Wettbewerb ohne die Vereinbarung erst gar nicht eröffnet würde.⁴⁵³

Als Umgehung dieses Verbots dienen Systeme mit Exportverboten, Kompensationszahlungen oder Marktverantwortungsklauseln. Während bei Ausgleichszahlungen Provisionen an Händler des fremden Gebietes gezahlt werden müssen, wird der Händler bei der Marktverantwortungsklausel verpflichtet, ein bestimmtes Absatzziel für das eigene Gebiet zu erreichen, wodurch er sich nur noch auf sein Gebiet konzentrieren kann. Indirekte Formen des Exportverbotes wären Verbote der Umpackung von Waren⁴⁵⁴, Verwendungsbestimmungen und Destinationsklauseln.

3. Alleinbezug

Man spricht von einer Alleinbezugsvereinbarung, wenn sich der Händler verpflichtet, bestimmte Produkte nur bei einem bestimmten Hersteller oder einem von ihm bestimmten Lieferanten zu kaufen.

Der Vorteil für den Händler liegt darin, dass er seine Vertriebstätigkeit nun auf die Produkte des Herstellers konzentrieren kann und keine vergleichbaren Produkte anderer Hersteller bezieht. Der Hersteller hat den Vorteil, dass er durch die Bindung des Händlers seine Produktion längerfristig planen kann.

Der Händler schafft somit freiwillig eine Monopolstellung auf Seiten des Herstellers. Als Ausgleich für diese freiwillige Einschränkung werden dem Hersteller zusätzliche

⁴⁵² EuGH 30.6.1966, Rs. 56 /65, Slg. 1966, 281, 304 - "Societe Technique Miniere" (LTM)/Maschinenbau Ulm (MBU).

⁴⁵³ Zur Verallgemeinerung dieser „Markterschließungsdoktrin“: *Immenga/Mestmäcker*, Art 81 Abs 1 EGV, Rz 358 f.

⁴⁵⁴ Entscheidung der Kommission 90/645/EWG, Bayer Dental, ABI L 351 vom 15.12.1990, 46, 49f; Rs. 102/77, Hoffman-La Roche/Centrafarm, vom 23.5.1978, Slg. 1978, 1139, 1165 ff.

Verpflichtungen gegenüber dem Händler auferlegt (zB finanzielle Unterstützung bei der Gründung). Alleinbezugs- und Alleinvertriebsverträge treten häufig in kombinierter Form auf.

Alleinbezugsvereinbarungen dienen im Gegensatz zu Alleinvertriebsvereinbarungen nicht dem Vordringen in neue Märkte sondern sollen den Absatz in bereits vorhandenen Absatzgebieten sichern.⁴⁵⁵ In der Praxis finden sich kaum Verträge, die eine auf ein bestimmtes Gebiet beschränkte ausschließliche Bezugsverpflichtung enthalten, denn das Absatzgebiet des Wiederverkäufers liegt in der Regel im Tätigkeitsbereich des Lieferanten. An ihnen sind selten Vertragsparteien aus verschiedenen Mitgliedstaaten beteiligt, weil sich kaum ein Wiederverkäufer bereit erklären wird, sich ausschließlich (ohne Einräumung eines Alleinvertriebsrechts) an einen einzelnen ausländischen Lieferanten zu binden. Das Interesse des Lieferanten überwiegt im Regelfall gegenüber dem Interesse des Wiederverkäufers am Bezug der Vertragswaren. Daher sind zeitliche Beschränkungen und Gegenleistungen üblicherweise wichtige Elemente der Vereinbarung. Schließlich ist die Handelsebene des Wiederverkäufers oftmals eine niedrigere als die des Alleinvertriebshändlers und er steht häufig auf der letzten Handelsstufe vor dem Endverbraucher.

Im Gegensatz zu Alleinvertriebsverträgen, die vorwiegend den Intra-brandwettbewerb betreffen, wird bei Alleinbezugsvereinbarungen die Nachfrage an konkurrierenden Marken und daher der Inter-brandwettbewerb beeinträchtigt.

Die zu der Gruppe der Alleinvertriebsverträge entwickelten Grundsätze können für die Beurteilung der Wettbewerbsbeeinträchtigung auch hier herangezogen werden. Es dürfen daher die Marktanteile 30% nicht übersteigen und die Vereinbarung keine Kernbeschränkungen enthalten.⁴⁵⁶ Als Besonderheit ist jedoch zu beachten, dass sich die wettbewerbsschädlichen Wirkungen bei längerer Vertragsdauer verstärken.⁴⁵⁷

4. Franchising

⁴⁵⁵ *Schröter/Jakob/Mederer*, 575 Rn 141.

⁴⁵⁶ *Schröter/Jakob/Mederer*, 576 Rn 147.

⁴⁵⁷ *KommE Schöller*, ABl. Nr L 183 S 1.

Diese Verträge mit teilweise sehr unterschiedlichem Inhalt stammen aus dem amerikanischen Rechtsbereich. Bei diesem Dauerschuldverhältnis räumt der Franchisegeber dem Franchisenehmer gegen Entgelt das Recht ein, Produkte unter Verwendung des Namens, der Marken der Ausstattung etc, sowie der gewerblichen und technischen Erfahrungen des Franchisegebers und unter Übernahme des von diesem entwickelten Organisations- und Werbesystems zu vertreiben.⁴⁵⁸ Gleichzeitig wird Beistand, Rat und Schulung gewährt und es findet eine Art Kontrolle der Geschäftstätigkeit statt.

Verkauft wird also in erster Linie kein Produkt, sondern das Know-how, das vom Franchisenehmer verwertet werden soll.⁴⁵⁹ Dazu kommt aber noch die Organisation mit einem einheitlichen Erscheinungsbild. In der Praxis handelt es sich bei diesen Vereinbarungen um eine Mischung aus selektiver Vertriebsbindung, Wettbewerbsverbot und Alleinvertrieb. Beim Franchisevertrag handelt es sich also um eine Vereinbarung, welche die verschiedensten Komponenten einer Geschäftsbeziehung regelt. Der bloße Warenabsatz ist hier von eher geringer Bedeutung. Die Hauptpflichten betreffen Bereiche, die nicht dem Wettbewerbsrecht zugerechnet werden, wie Marken- und Lizenznutzungsrechte sowie die Anwendung einheitlicher Geschäftsmethoden.

Zu den möglichen Franchiseformen zählen unter anderem das Dienstleistungsfranchising, Produktionsfranchising und Vertriebsfranchising. Beim Produktfranchising kommt als Besonderheit die Pflicht des Franchisenehmers zum ausschließlichen Warenbezug vom Franchisegeber hinzu. Hier liegt jedenfalls eine vertikale Vertriebsbindung vor, die aber bei Erfüllung der Freistellungsvoraussetzungen freigestellt wird.

Nach der „Pronuptia-Entscheidung“ sind jene Bestimmungen nicht als Wettbewerbsbeschränkungen zu werten, die zur Vermeidung der Gefahr, dass das zur Verfügung gestellte Know-how und andere Unterstützungen Konkurrenten zugute kommt, notwendig sind.⁴⁶⁰ Auch das Verbot „während der Vertragsdauer oder während eines angemessenen Zeitraums nach Vertragsbeendigung ein Geschäft mit gleichem oder ähnlichem Zweck in einem Gebiet zu eröffnen, in dem er zu einem der Mitglieder der

⁴⁵⁸ *Fitz/Gamerith*, 96.

⁴⁵⁹ So auch in Rs. 161/84, *Pronuptia*, vom 19.6.1985, Slg. 1985, 353, 381.

⁴⁶⁰ EuGH 28.1.1986, Rs 161/84, Slg 1986, 353.

Vertriebsorganisation in Wettbewerb treten könnte“ ist zulässig.⁴⁶¹ Unerlässlich sind gewisse Maßnahmen zum Schutz der Identität und des Namens der durch die Geschäftsbezeichnung symbolisierten Vertriebsorganisation. Dazu gehören Verpflichtungen, welche die Art der Werbung und des öffentlichen Auftretens, das Produktangebot und den Service betreffen und hier ein bestimmtes Niveau sicherstellen sollen. Das Verbot für den Franchisenehmer, sein Geschäft nicht ohne vorherige Zustimmung des Franchisegebers zu übertragen, unterfällt nicht dem Kartellverbot, weil dadurch verhindert wird, dass das Know-how und die übrige Unterstützung einem Konkurrenten zugute kommt. Dies gilt auch für Geheimhaltungserklärungen in Bezug auf das Know-how, das Abtretungsverbot bezüglich des Franchisevertrags an Dritte, die Vergabe einer Unter-Franchise, die Verwaltung des Geschäfts durch Dritte oder die Bestellung eines angestellten Geschäftsführers ohne ausdrückliche Genehmigung des Franchisegebers.⁴⁶²

Die Verpflichtung des Franchisenehmers, die vom Franchisegeber entwickelten Geschäftsmethoden anzuwenden und das von diesem übermittelte Know-how einzusetzen dient der Wahrung der Identität und des Ansehens der Organisation und ist daher zulässig. Dies gilt auch für Vereinbarungen über die Einrichtung und Ausgestaltung der Verkaufsflächen sowie für die Vereinbarung, das Geschäft nicht ohne Zustimmung des Franchisegebers an einen anderen Ort zu verlegen.⁴⁶³

Bezugsbindungen des Franchisenehmers sind dann zulässig, wenn es nicht möglich ist, objektive Qualitätsnormen aufzustellen oder es unwirtschaftlich wäre, deren Einhaltung zu kontrollieren.⁴⁶⁴ Richtpreise sind unbedenklich, wenn zwischen dem Franchisegeber und dem Franchisenehmern oder zwischen den Franchisenehmern keine abgestimmte Verhaltensweise hinsichtlich der tatsächlichen Anwendung dieser Preise besteht.⁴⁶⁵

Demgegenüber sind für die oben genannten Ziele nicht notwendigen Vertragsklauseln und lediglich den Wettbewerb zwischen den Mitgliedern dieser Organisation beschränken,

⁴⁶¹ ZB KommE Computerland, ABl. 1987 Nr. L 222 S 12ff. :1-jähriges nachvertragliches Wettbewerbsverbot im Umkreis von 10km ist zulässig.

⁴⁶² KommE Charles Jourdan, ABl 1989 Nr L 35 S 31, 36; KommE Yves Rocher ABl 1987 Nr L 8 S 49; KommE Pronuptia, ABl 1987 Nr L 13 S 39.

⁴⁶³ EuGH Rs. 161/84, Pronuptia, vom 19.6.1985, Slg. 1985, 353, 382.

⁴⁶⁴ EuGH Rs. 161/84, Pronuptia, vom 19.6.1985, Slg. 1985, 353, 383.

⁴⁶⁵ EuGH Rs. 161/84, Pronuptia, vom 19.6.1985, Slg. 1985, 353, 384.

keineswegs zulässig.⁴⁶⁶ Hier kommen insbesondere jene Bestimmungen in Betracht, die eine Marktaufteilung zum Gegenstand haben oder wo ein Preiswettbewerb ausgeschaltet wird.⁴⁶⁷

D. Vertikale Vertriebsbindungen im Kartellgesetz 2005

Vertikale Bindungen genießen nach dem KartG 2005 nun keine explizite Sonderstellung mehr, wie das im KartG 1988 vorgesehen war. Es können vertikale Vereinbarungen aber nach § 2 oder nach § 3 KartG 2005 zulässig sein:

§ 2. (1) Vom Verbot nach § 1 sind Kartelle ausgenommen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmern

- A. Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung der Ziele nicht unerlässlich sind, oder*
- B. Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten*

§ 3. (1) Der Bundesminister für Justiz kann im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit durch Verordnung feststellen, dass bestimmte Gruppen von Kartellen nach § 2 Abs. 1 vom Kartellverbot ausgenommen sind. In solchen Verordnungen kann auf die jeweils geltende Fassung einer Verordnung nach Art. 81 Abs. 3 EGV verwiesen werden.

Unter den sogenannten „Kernbeschränkungen“ versteht man jene vertikalen Vereinbarungen, welche die freie Preisgestaltung durch unabhängige Unternehmer behindern oder durch die Kundenbeziehungen oder Absatzgebiete gegenüber anderen Anbietern abgeschottet werden. Auf diese Beschränkungen ist die Anwendung der Ausnahme nach § 2 Abs 1 in der Regel nicht möglich. Dazu zählen die Preisbindung der zweiten Hand und Gebietsschutzvereinbarungen.

⁴⁶⁶ EuGH 28.1.1986, Rs 161/84, Slg. 1986, 353, Rn 23.

⁴⁶⁷ EuGH Rs. 161/84, Pronuptia, vom 19.6.1985, Slg. 1985, 353, 384; zu Beispielen siehe Schröter/Jakob/Mederer, 581 Rn 165.

Bei Preisbindungen der zweiten Hand handelt es sich um Regelungen zwischen einem Lieferanten und einem Wiederverkäufer über die vom Wiederverkäufer anzuwendenden Verkaufspreise. Hier ist nicht nur die Festsetzung eines Fixpreises oder Mindestpreises, sondern sind auch Absprachen über Verkaufsspannen oder von Vertriebshändlern zu gewährende Nachlässe auf Listenpreise verboten.

Bei Gebietsschutzvereinbarungen handelt es sich um Vereinbarungen, bei denen sich der Lieferant verpflichtet, in einem bestimmten Gebiet keinen anderen Händler zu beliefern und Maßnahmen verspricht, die jegliche Belieferung von Kunden in diesem Gebiet durch andere Händler ausschließt („absoluter Gebietsschutz“). Da dabei der Intra-brandwettbewerb ausgeschlossen wird, sind solche Vereinbarungen verboten.

Durch die vorgesehene Verweisung in § 3 KartG verliert die Anwendung der Ausnahme des § 2 Abs 1 KartG an Bedeutung. Die EG-Gruppenfreistellungsverordnungen, auf die verwiesen wird, lassen wegen der langen Erfahrung und des umfassenden Entwicklungsprozesses nur selten Interpretationsfragen offen. § 2 Abs 1 KartG ist also nur auf vertikale Vereinbarungen anwendbar, die nicht durch eine GVO freigestellt sind. Für die vorliegende Arbeit ist vor allem die Vertikal-GVO (GVO 2790/1999) und die Kfz GVO (GVO 1400/2002) samt deren Leitlinien von Bedeutung.

E. Freistellungen

Durch Art 81 Abs 3 EGV werden Verhaltensweisen, die grundsätzlich von einem Kartelltatbestand erfasst werden, unter bestimmten Voraussetzungen freigestellt, dh, dass das Kartellverbot nicht anzuwenden ist. Es liegt also eine Ausnahme vom Grundsatz vor, dass gewollt und tatsächlich wettbewerbsbeschränkende, zumindest potenziell den grenzüberschreitenden Handel beeinträchtigende, koordinierte Verhaltensweisen verboten sind.

Dieser Weg ist gleichberechtigt neben der Einzelfreistellung vorgesehen. In Art 83 Abs 3 EGV wird die Nichtanwendbarerklärung für Vereinbarungen, Beschlüsse bzw. aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen davon vorgesehen.

Um eine unternehmensübergreifende Freistellung zu schaffen, sind vorhersehbare, generelle, verbindliche Kriterien von Nöten. Diese können nur in einer Verordnung festgelegt werden, damit sie allgemeine, unmittelbare Bindungswirkung haben. Solche Verordnungen (Freistellungsverordnungen) wurden auf Grundlage von Art 83 EGV erlassen, welcher die Ausgestaltung der unternehmensbezogenen Wettbewerbsregeln durch zweckdienliches Sekundärrecht vorsieht.

Grundsätzlich hätte der Rat und das Europäische Parlament beim Erlassungsprozess einbezogen werden müssen. Es wurde jedoch die Kommission ermächtigt, die nähere Ausgestaltung der Freistellungen zu übernehmen. Der Rahmen wurde in Anlehnung an Art 81 Abs 3 EGV vorgegeben.

Die Freistellungen werden in bestimmte Fallgruppen unterteilt. Damit sollen die Einzelheiten gem Art 83 Abs 2 lit b) EGV festgelegt werden, sodass eine wirksame Überwachung und eine einfache Kontrolle ermöglicht wird. Diese Feststellung hilft Betroffenen und Behörden gleichermaßen, weil die Einzelfallprüfung entfällt oder zumindest erleichtert wird.

Die Gruppenfreistellungsverordnungen engen den allgemeinen Rahmen des Art 81 Abs 3 EGV also ein. Es kommt ihnen nicht nur deklaratorische Wirkung zu, wonach sie lediglich bestehendes Recht feststellen⁴⁶⁸, jedoch keine Bindungswirkung besitzen⁴⁶⁹ und nur Anhaltswirkung haben.⁴⁷⁰ Im Gegenteil, sie verfeinern die groben Maßstäbe des Art 81 Abs 3 EGV bereichsspezifisch⁴⁷¹ und der legislative Beurteilungsspielraum wird von der Kommission in zulässiger Weise genutzt. Sie haben also konstitutive Wirkung. Dies deckt sich auch mit der VO 1/2003, die im Erwägungsgrund 10 an den vorherigen Rechtszustand anknüpft und diesen auch fortgesetzt wissen will. Darüber hinaus wird in Art 3 Abs 2 VO 1/2003 eigens zwischen den Bedingungen des Art 81 Abs 3 EGV und einer Verordnung zur

⁴⁶⁸ Frenz Bd 2, Rz 748; anderer Ansicht *Bartosch*, Von der Freistellung zur Legalausnahme – was geschieht mit der Rechtssicherheit? WuW 2000, 462 (466 f); *Bechtold*, Modernisierung des EG-Wettbewerbsrechts: Der Verordnungsentwurf der Kommission zur Umsetzung des Weißbuchs, BB 2000, 2425 (2426 f); *Gröning*, Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts gemäß dem Vorschlag der Kommission zur Ersetzung der VO 17/62, WRP 2001, 83 (85).

⁴⁶⁹ *Deringer*, Stellungnahme zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art 85 EG-Vertrag, EuZw 2000, 5 (7 f).

⁴⁷⁰ *Harte-Bavendamm/Kreutzmann*, Neue Entwicklungen in der Beurteilung selektiver Vertriebssysteme, WRP 2003, 682 (687).

⁴⁷¹ Ausführlich dazu *Eilmansberger*, Zum Vorschlag der Kommission für eine Reform des Kartellvollzugs, JZ 2001, 365 (373 f).

Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV unterschieden. Die beiden können also nicht gleich sein. Gruppenfreistellungsverordnungen genießen Vorrang gegenüber dem nationalen Wettbewerbsrecht. Voraussetzung dafür ist aber eine eigenständige Bedeutung und unmittelbare Wirkung aus eigener Kraft der Freistellungsverordnungen. Als weiteres Argument kann Art 29 VO 1/2003 herangezogen werden. Diese Bestimmung normiert den Entzug der Rechtsvorteile einer Gruppenfreistellungsverordnung. Wären die GVO also bloß deklaratorisch, so gäbe es gar keine Rechtsvorteile und die Bestimmung wäre nutzlos.

Somit bilden GVO eine Rechtsgrundlage bis sie – sei es nun durch Entzugsverordnung oder durch Einzelentscheidung einer nationalen Behörde – entzogen werden. Das muss aufgrund der Selbständigkeit der GVO auch dann gelten, wenn die Grenzen des Art 81 Abs 3 überschritten werden.⁴⁷² In diesem Fall muss nach Art 29 Art 1 VO 1/2003 gruppenbezogen zurückgenommen, nach Abs 2 im Einzelfall durchbrochen oder aufgrund einer Nichtigkeitsklage durch den EuGH als unvereinbar mit dem Primärrecht erklärt werden, bis sie förmlich ihre Wirkung verliert.

Trotz der konstitutiven Wirkung haben sich die Freistellungsverordnungen als Sekundärrecht an das Primärrecht zu halten. Sihin sind die Grundsätze, die sich aus der Rechtsprechung zum Primärrecht entwickelt haben, zu beachten. Für den Einzelfall ist jedoch festzuhalten, dass nur die Vorgaben der Gruppenfreistellungsverordnung relevant sind. Bei abschließenden sekundärrechtlichen Regelungen ist die Gemeinschaftsrechtskonformität der Einzelentscheidung schon allein durch die Vereinbarkeit der Gruppenfreistellungsverordnung mit dem Gemeinschaftsrecht gewahrt.⁴⁷³

Ergeben sich Zweifel oder entstehen Unklarheiten aus einer GVO, ist das übergeordnete Recht heranzuziehen. Dann ist der Gerichtshof einzuschalten, die Freistellung wird aber nicht automatisch entzogen. Somit kommt den nationalen Behörden keine eigene

⁴⁷² Siehe dazu auch *Fuchs*, Die Gruppenfreistellungsverordnung als Instrument der europäischen Wettbewerbspolitik im System der Legalausnahme, *ZweR* 2005, 1 (12); anderer Ansicht *Schütz*, Gemeinschaftskommentar, VO 1/2003 Art 29 Rn 11,27. Zum Ganzen ausführlich *Brunn*, Die EG-Kartellverfahrensordnung 1/2003 und ihre Auswirkungen auf die Gruppenfreistellungsverordnungen und die Entzugsverfahren in der Vertikal-GVO.

⁴⁷³ Siehe EuGH, Rs. C-37/92, Slg. 1993, I-4947 (4978, Rn 6 ff) – Vanacker und Lesage; Rs C-324/99, Slg. 2001, I-9897 (9930, Rn 32; 9933, Rn 43) – DaimlerChrysler.

Verwerfungskompetenz zu. Man spricht in diesem Zusammenhang vom „Abschirmeffekt“, welcher ebenfalls Teil der konstitutiven Wirkung der GVO ist.

Die Ausnahme vom Kartellverbot ist nach Art 81 Abs 2 EGV platziert, der die Nichtigkeit der „nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse“ anordnet. Durch diesen Bezug auf den gesamten Art 81 EGV setzt aber bereits diese Rechtsfolgenanordnung voraus, dass die fragliche Verhaltensweise gegen das Kartellverbot insgesamt verstößt und damit auch keine Ausnahme nach Art 81 Abs 3 EGV vorliegt.⁴⁷⁴ Somit muss die Freistellung vor der Bejahung der Nichtigkeitsfolge geprüft werden. Dies ist auch nun ausdrücklich in Art 1 Abs 1 VO 1/2003 geregelt, wonach Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen iSd Art 81 Abs 1 EGV erfüllen, verboten sind.⁴⁷⁵

Da es darüber keiner Entscheidung bedürfen soll, ist durch die Verordnung das System einer Legalausnahme angeordnet. Liegt eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder ein entsprechendes Verhalten vor, hat also das betroffene Unternehmen zunächst zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Freistellung vorhanden sind.

Sind die Voraussetzungen einer Freistellung gegeben, ist die entsprechende Verhaltensweise nicht verboten, ohne dass der an ihr Beteiligte etwas unternehmen müsste. Freilich muss er selbst beurteilen, ob sein Verhalten den Kartelltatbestand erfüllt und wenn ja, ob Schwierigkeiten auftreten, wenn eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht bezweckt ist. Die Auswirkungen auf den Markt insgesamt und damit auch die Stellung der verschiedenen Unternehmen, die Beibehaltung und der Ausbau von Marktmacht müssen für die Bewirkung einbezogen werden.⁴⁷⁶

Das zum Risiko der Selbstbewertung zum Kartelltatbestand gesagte, gilt bei der Beurteilung des Vorliegens der Freistellungsvoraussetzung umso mehr. Es ist daher eine umfassende Abwägung der Vor- und Nachteile, bei der alle Faktoren einbezogen werden müssen, geboten. Schwierig ist es, die Vorteile in Form der Verbesserung der Warenerzeugung oder -

⁴⁷⁴ Frenz Bd. 2, Rz 748.

⁴⁷⁵ Näheres zur VO 1/2003 siehe oben im entsprechenden Kapitel.

⁴⁷⁶ Schintowski/Klaue, Kartellrechtliche und gesellschaftsrechtliche Konsequenzen des Systems der Legalausnahme für die Kooperationspraxis der Unternehmen, WuW 2005, 370 (370 f).

verteilung und der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts zu beziffern, genauso wie die Gewinnbeteiligung der Verbraucher.

Noch schwieriger ist es aber, im Zuge der notwendigen „ganzheitlichen Betrachtung“ die Marktstruktur einzubeziehen. Sie dient der Beurteilung, ob die Einschränkungen unerlässlich sind und den Wettbewerb nicht für einen wesentlichen Teil der betroffenen Waren ausschalten.

Abhilfe schafft in solchen Fällen die Möglichkeit, die Kommission zu ersuchen, ein Beratungsschreiben an den Unternehmer zu richten. Dieses Handeln wird aber nur dann von Erfolg gekrönt sein, wenn die Rechtslage nicht anhand des Rechtsrahmens einschließlich der feststehenden Rechtsprechung durch die Gemeinschaftsgerichte oder allgemein verfügbarer Orientierungshilfen wie Leitlinien und Kommissionsentscheidungen geklärt ist. Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass das Unternehmen in dem Ersuchen die Aspekte des Sachverhalts, die neue Fragen aufwerfen, anzugeben hat. Ausschlaggebend für eine positive Behandlung durch die Kommission ist der Bedeutungsgrad oder die Höhe der Auswirkung der betroffenen Verhaltensweise und ob noch weitere Tatsachenfeststellungen notwendig sind. Die Sache darf nicht Gegenstand eines Verfahrens sein oder in ähnlicher Weise schon in der Rechtsprechung behandelt worden sein. Hypothetische Fragen werden nur beantwortet, wenn sie die Grundlage für eine festgeplante Maßnahme darstellen. Ein ergangenes Beratungsschreiben bindet nicht. Es dient also in erster Linie als Hilfestellung für Unternehmen.⁴⁷⁷

Unterlässt eine Geschäftsleitung diese Selbsteinschätzung oder setzt es ein Verhalten trotz negativer Beurteilung, so verletzt sie ihre gesellschaftsrechtlichen Pflichten. Sie ist daher gut beraten, den Rat sachverständiger Dritter einzuholen. Bei Selbsteinschätzung im eigenen Haus oder durch Dritte trägt das Unternehmen gleichwohl das Risiko. Erst mit der Entscheidung der Kommission oder einer nationalen Wettbewerbsbehörde bzw eines Gerichts kann Sicherheit erlangt werden. Es liegt auf der Hand, dass dies Jahre dauern oder schlimmstenfalls nie passieren kann, wenn kein Kartellverfahren eingeleitet wird.⁴⁷⁸

⁴⁷⁷ Siehe dazu näher Bekanntmachung der Kommission über informelle Beratung bei neuartigen Fragen zu den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, die in Einzelfällen auftreten (Beratungsschreiben), ABl. 2004 C 101, S.78.

⁴⁷⁸ Kritisch dazu auch *Frenz* aaO.

Problematischer ist, dass Unternehmen laufend das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen überprüfen müssen. Fällt nämlich eine davon weg, ist das Verhalten nicht mehr freigestellt und das Unternehmen muss diese Maßnahmen unterbinden. Beispielsweise könnten die prognostizierten Vorteile einer Vertriebsbindung nicht eintreten. Ab dann wäre eine Koordinierung unzulässig. Die betreffenden Verträge wären dann *ipso iure* nichtig und das Unternehmen schadenersatz- bzw. unterlassungspflichtig.

Die Probleme der Rechtsanwendung wurden somit in die Unternehmen hineinverlagert. Da Unternehmen nicht die umfangreichen Ermittlungsbefugnisse der Kommission zustehen, wird man gerade dort auf Schwierigkeiten stoßen, wo Angaben nicht nur über das eigene Unternehmen, sondern über Konkurrenten gemacht werden müssen.

Die Voraussetzung des Art 81 Abs 3 EGV müssen bei dem ersten Prüfungsschritt nicht geprüft werden. Das betroffene Unternehmen kann annehmen, dass eine Gruppenfreistellungsverordnung den Kriterien des Art 81 Abs 3 EGV entspricht.⁴⁷⁹ Somit ist nur auf die Kriterien der GVO abzustellen, insbesondere ob das Kartell unter eine der darin festgelegten Kategorien fällt.⁴⁸⁰

Erst wenn man zu dem Ergebnis kommt, dass das Kartell unter keine GVO fällt, muss das Kartell anhand von Art 81 Abs 3 EGV geprüft werden.

Da GVO lediglich eine Ausnahme vom allgemeinen Kartellverbots darstellen, sind sie eng auszulegen und die Voraussetzungen sind genau zu prüfen.⁴⁸¹ Auf der anderen Seite können auch die in den GVO geregelten Beschränkungen, die über Art 81 Abs 3 EGV hinausgehen, auch nur für die in den GVO geregelten Fällen eingreifen.⁴⁸²

Gem Art 249 Abs 2 EGV werden Gruppenfreistellungsverordnungen unmittelbar angewendet und entfalten gegenüber nationalen Behörden und Gerichten, die auch für das Eingreifen der GVO herangezogen werden können, ihre Wirkung.⁴⁸³ Sie können bei Auslegungs- oder

⁴⁷⁹ Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. 2004 C 101, S. 97 (Rn 35).

⁴⁸⁰ EuG, Rs. T-51/89, Slg. 1990, II-309 (360, Rn 29) – Tetra Pak I.

⁴⁸¹ Siehe beispielsweise EuGH, Rs. C-322/93 P, Slg. 1994, I-2727 (2747 ff, Rn 8 ff) – Peugeot.

⁴⁸² EuGH, Rs C-309/94, Slg. 1996, I-677 (698 f, Rn 16 ff) – Nissan France.

⁴⁸³ EuGH, Rs 63/75, Slg. 1976, 111 (118, Rn 10/11) – Fonderies Roubaix und Art 6 VO 1/2003.

Rechtmäßigkeitszweifel nach Art 234 EGV bestimmte Sachverhalte mit damit verbundenen Fragen dem EuGH zur Beurteilung vorlegen. Nationalen Wettbewerbsbehörden steht diese Möglichkeit jedoch gem Art 230 EGV nicht zu, weil der EuGH nur von Mitgliedstaaten angerufen werden kann. Die GVO müssen also ohne Interpretations- und Klarstellungsmöglichkeit durch den EuGH vollzogen werden. In der Praxis bedeutet das, dass Gruppenfreistellungsverordnungen die selben Rechtswirkungen wie Art 81 Abs 3 EGV im Verhältnis zu Einzelfreistellungen hat. Es erfolgt eine automatische Prüfung bei Vorliegen eines Kartellverstoßes.

Festzuhalten ist aber, dass sich die Gruppenfreistellungen auf den Rahmen des Kartellverbots beziehen, weil sie gesetzssystematisch dort angesiedelt sind. Eine GVO kann also nicht als Freistellung bei einem Fall des Missbrauchsverbots angewendet werden. Auch sieht die Systematik von Art 82 EGV eine solche Freistellung nicht vor.⁴⁸⁴

Freistellungen enthalten keine Verhaltenspflichten. Diese erwachsen nur aus Art 81 Abs 1 EGV. Unternehmer haben also nicht die Pflicht, ihr Verhalten an eine GVO anzupassen. Sie werden dies aber in der Regel tun, weil ansonsten das Verhalten nicht freigestellt ist.⁴⁸⁵

Fällt ein Verhalten nicht unter eine Gruppenfreistellungsverordnung, ist als nächster Schritt das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung zu prüfen. Es ist also eine Einzelfallprüfung durchzuführen, die sich nach Art 81 Abs 3 EGV richtet. Als Hilfestellung können bei dieser Einzelfallprüfung Bekanntmachungen und sonstige Leitlinien der Kommission herangezogen werden. Diese Materialien können die Voraussetzungen des Art 81 Abs 3 EGV aber nicht verändern und dienen lediglich der Konkretisierung. Sie müssen sich also an den Rahmen des Art 81 Abs 3 EGV halten.

Analogien zwischen Einzel- und Gruppenfreistellungen kann es nur in bestimmten Fällen geben. Da es sich um unterschiedliche Regelungssysteme handelt, können nur Grundgedanken und Wertungen, die nicht spezifisch auf eine bestimmte Gruppe bezogen sind, für eine Wertung herangezogen werden. Beispielsweise sind besonders

⁴⁸⁴ EuG, Rs T-51/89, Slg. 1990, II-309 (360, Rn 29) – Tetra Pak I.

⁴⁸⁵ EuGH, Rs 10/86, Slg. 1986, 4071 (4088 f, Rn 12, 16) – VAG France; Rs C-309/94, Slg. 1996, I-677 (698, Rn 15) – Nissan France.

wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen sowohl in der GVO, als auch nach Prüfung im Einzelfall nicht freistellungsfähig.⁴⁸⁶

Um als Freistellung anerkannt zu werden, müssen alle in Art 81 Abs 3 EGV genannten Voraussetzungen erfüllt werden. Fehlt nur eine Voraussetzung, kann die Einzelfreistellung nicht erfolgen.⁴⁸⁷ Das „oder“ bezieht sich nur auf die Unterpunkte. Die Verhaltensweise muss also einen bestimmten positiven Effekt haben. Dazu zählt die Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder die Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts. Diese Vorteile bilden den Anhaltspunkt für etwaige Erweiterungen, weshalb der Bezug zu einem dieser Punkte immer hergestellt werden können muss. Ausnahme von dieser Regel könnte nur die Möglichkeit sein, die Rechtfertigung auch für Aspekte der Cassis-Rechtsprechung oder für vertraglich ausdrücklich an anderem Ort festgeschriebene Elemente wie den Umweltschutz zu öffnen.

Bei Vorliegen eines Freistellungsgrundes müssen die Verbraucher an dem für diesen entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden. Dies spiegelt den Gedanken wieder, dass Wettbewerb für Verbraucher ein reichhaltiges Angebot und günstige Preise sichern soll. Erlaubt man nun einem Unternehmen ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten, so müssen die Verbraucher wenigstens in Form von verbesserter Qualität der Waren oder günstigen Preisen durch dieses Verhalten profitieren.

Die Beschränkungen dürfen das Maß der Unerlässlichkeit nicht übersteigen. Dabei handelt es sich um eine Art der Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Die Verfälschung des Wettbewerbs muss hinsichtlich der verfolgten Ziele erforderlich sein. Das entspricht im Wesentlichen auch der regelmäßig reduzierten Verhältnismäßigkeitsprüfung des EuGH.⁴⁸⁸

Als letzte Bedingung muss der Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Leistungen erhalten bleiben. Eine gänzliche Ausschaltung ist also unzulässig.

⁴⁸⁶ Für die Kernbeschränkungen Mitteilung der Kommission – Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291, S. 1 (Rn 46); Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 C 3, S.2 (Rn 70); Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. 2004 C 101, S. 97 (Rn 46).

⁴⁸⁷ EuGH, Rs 43 u 63/87, Slg. 1984, 19 (70, Rn 61) – VBVB und VBVB; EuG, Rs T-17/93, Slg. 1994, II-595 (631, Rn 104) – Matra Hachette; Rs T-7/93, Slg. 1995, II-1533 (1596, Rn 177) – Langnese-Iglo.

⁴⁸⁸ Siehe dazu näher Frenz, Bd 1, Rn. 533 ff.

Liegen all diese Voraussetzungen vor, kann Art 81 Abs 1 für nicht anwendbar erklärt werden. Der Ausdruck „kann“ soll aber die eindeutige Rechtsfolge nicht relativieren, sondern soll die Kompetenz der Kommission zum Ausdruck bringen, das Kartellverbot für nicht anwendbar zu erklären.⁴⁸⁹ Nach der VO 1/2003 ist eine explizite Freistellung allerdings nicht mehr notwendig und die betroffenen Unternehmen müssen das Vorliegen eines kartellrechtswidrigen Verhaltens und allenfalls einer Freistellung selbst prüfen.

Bezüglich der Beweislast war vor der Umstellung auf das System der Legalausnahme fest anerkannt, dass Belege für das Vorliegen einer Freistellung vom Unternehmen der Kommission geliefert werden müssen.⁴⁹⁰ Dies stand im engen Zusammenhang mit dem Anmeldesystem. Im System der Legalausnahme stellt aber auch die Freistellung die Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot dar. Das ergibt sich aus der Formulierung des Art 1 VO 1/2003, wonach diejenigen Verhaltensweisen gem Art 81 Abs 1 EGV verboten sind, die nicht die Voraussetzungen des Art 81 Abs 3 erfüllen. Deswegen wird auch in Art 2 VO 1/2003 den Unternehmen die Belegpflicht für eine Freistellung zugewiesen. Nach der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit des entsprechenden Verhaltens ist also das positive Vorliegen der Bedingungen für eine Freistellung zu überprüfen. Erst dann kann sie erfolgen. Die Unternehmen müssen also den Beweis für das Vorliegen der einzelnen Bedingungen erbringen. Schließlich können Sie auch am leichtesten Informationen und Daten bereitstellen und über Motive Auskunft geben.

Befasst sich die Kommission oder eine nationale Wettbewerbsbehörde mit einem Fall, so hat das Unternehmen Beweismaterial für die wirtschaftliche Rechtfertigung einer Freistellung vorzulegen und bei Einwänden Alternativen zu unterbreiten. Unternehmen liefern also tatsächliche Angaben im Rahmen der ex officio Prüfung. Später muss die Behörde vor dem Kartellgericht ihre Entscheidung vertreten. Deswegen reicht es wenn der Kläger Anhaltspunkte vorbringt, die die Beurteilung der Behörde in Frage stellen können. Faktisch begrenzt ist die Nachprüfbarkeit bei wirtschaftlich komplexeren Fällen.

⁴⁸⁹ Grill in Lenz/Borchardt, Art 81 Rn 42.

⁴⁹⁰ EuGH, Rs. 43 u 63/82, Slg. 1984, 19 (68, Rn. 52) – VBVB und VBVB; EuG, Rs T-66/89, Slg. 1992, II-1995 (2022, Rn. 69) – Publishers Association; Rs. T- 17/93, Slg. 1994, II-595 (631, Rn 104) – Matra Hachette; Rs. T-7/93, Slg. 1995, II-1533 (1597, Rn 179) – Langnese-Iglo.

Die Wettbewerbsbehörde darf nach traditioneller Rechtsprechung nur keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen haben.⁴⁹¹ In der Fusionskontrolle stellte man aber jüngst auf eine nachvollziehbare, hinreichend fundierte Einschätzung der Kommission ab. Diese Rsp wird sich auch auf Kartellverstöße auswirken. Die Behörde kann jedoch klarerweise nur aufgrund der von den Unternehmen gelieferten Angaben entscheiden. Reichen diese für eine Freistellung nicht aus, kann die Behörde zu Recht eine Freistellung versagen.

F. Vertikale Koordinierungen (VO 2790/1999)

Im Dezember 1999 wurde die Vertikal-GVO⁴⁹² verabschiedet. Darüber hinaus wurden am 13.10.2000 die Leitlinien der Kommission für vertikale Vereinbarungen als Ergänzung mitgeteilt. Ziel der Verordnung war es einfachere, flexiblere, gezieltere und dezentralere Regelungen zu schaffen.

In Art 1 Vertikal-GVO werden zunächst die wichtigsten Begriffe definiert. In Art 2 Abs 1 folgt die umfassende Freistellung vertikaler Vereinbarungen vom Verbot des Art 81 Abs 1 EGV. Auf eine sog „weiße Liste“ (wo bestimmte Vereinbarungen als zulässig erklärt werden) wurde für einen eher weiten Frestellungsbereich verzichtet.

Demnach sind Vereinbarungen freigestellt,

- die zwischen zwei oder mehr Unternehmen geschlossen werden,
- von denen jedes zwecks Durchführung der Vereinbarung auf einer unterschiedlichen Marktstufe tätig ist und
- die Bedingungen betreffen, die den Bezug, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren und Dienstleistungen durch die Parteien regeln.

Grundsätzlich gilt, dass alles, was in den folgenden Bestimmungen der Vertikal-GVO nicht verboten ist, erlaubt ist. Es wird also nicht mehr in verschiedene Vertriebstypen unterschieden. Zum einen deshalb, weil nun Unternehmen flexiblere, auf ihre Bedürfnisse

⁴⁹¹ EuG, Rs. T-17/93, Slg. 1994, II-595 (631, Rn 104) – Matra Hachette. Bereits EuGH, Rs. 42/84, Slg. 1985, 2545 (2578, Rn 48) – Remia.

⁴⁹² Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission über die Anwendung von Art 81 Abs 3 EGV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, ABl L 336 vom 29.12.1999, S. 21 ff.

zugeschnittene Vertriebssysteme schaffen können und somit effizienter arbeiten können. Zum anderen kam man zu der Erkenntnis, dass die unterschiedlichen Vertriebsformen ähnliche Wirkungen im Wettbewerb haben und eine Unterscheidung nach der Art nur willkürlich vorgenommen werden kann. Die Verordnung ist also auf Vereinbarungen über Alleinbelieferung, Alleinvertrieb und Franchising, sowie Markenzwangvereinbarungen anwendbar. Insbesondere gilt nun auch die Gruppenfreistellungsverordnung auch für selektive Vertriebssysteme, weil die Bindungen, die sich die Parteien gegenseitig auferlegen, nicht im Einzelnen spezifiziert werden.⁴⁹³

Nach Art 2 Abs 2 Vertikal-GVO ist die Verordnung auch auf Unternehmensvereinigungen anwendbar.⁴⁹⁴ Daher sind auch Vereinbarungen zwischen einer Unternehmensvereinigung und ihren Mitgliedern oder einem Lieferanten freigestellt. Die Mitglieder müssen jedoch Wareneinzelhändler sein, von denen keiner einen höheren jährlichen Gesamtumsatz als EUR 50 Mio erwirtschaftet.

Ist die Bagatellbekanntmachung anwendbar oder handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen kleinen und mittleren Unternehmen⁴⁹⁵ ist die Vertikal-GVO nicht anzuwenden. Ebenfalls ausgenommen sind Vereinbarungen mit Handelsvertretern.

Es gilt die Vermutung der Rechtmäßigkeit von Liefer- und Vertriebsvereinbarungen sowohl über End- und Zwischenprodukte, als auch über Dienstleistungen. Voraussetzung ist, dass keine Kernbeschränkung oder ein Wettbewerbsverbot für eine Dauer von mehr als fünf Jahren vorliegt und keine nachvertraglichen Wettbewerbsverbote vereinbart wurden.

Erforderlich ist weiters, dass der Lieferant einen Marktanteil von weniger als 30% hat. Bei Verträgen zwischen einer Einzelhändlervereinigung und ihren einzelnen Mitgliedern, wird die Vereinigung wie ein Lieferant behandelt. Liegt eine Alleinbelieferungspflicht vor, stellt man nach Art 3 Vertikal-GVO auf den Marktanteil des Abnehmers ab.⁴⁹⁶ Dieser wird mittels des Anteils des Käufers an allen Bezügen auf dem Käufermarkt berechnet. Liegt eine vertikale Vereinbarung zwischen drei Parteien auf jeweils unterschiedlichen Handelsstufen vor, fallen

⁴⁹³ Zur Vertiefung siehe *Beutelmann*, 81.

⁴⁹⁴ Vgl auch Leitlinien über vertikale Beschränkungen, Rn. 28 f.

⁴⁹⁵ Siehe Empfehlung 96/280/EC der Kommission über kleine und mittlere Unternehmen.

⁴⁹⁶ Leitlinien über vertikale Beschränkungen, Rn 89, Rn 92

diese unter die Vertikal-GVO, wenn die Marktanteilsschwellen auf beiden Stufen nicht überschritten werden. Bei Produkten des geistigen Eigentums wird auf den Marktanteil des Lieferanten auf dem Produktmarkt des zugrundeliegenden Produktes abgestellt.⁴⁹⁷

Wird die Schwelle von 30% überschritten, übersteigt der Marktanteil aber eine Schwelle von 35% nicht, so wird die Freistellung noch weitere zwei Jahre ab der erstmaligen Überschreitung der 30%-Schwelle gewährt.⁴⁹⁸ Wird die 30%-Schwelle und anschließend eine Schwelle von 35% überschritten, wird die Freistellung nur noch für ein Kalenderjahr ab der erstmaligen Überschreitung der 30%-Schwelle gewährt.⁴⁹⁹

Nach Art 4 Vertikal-GVO ist eine Vereinbarung, die eine der sog „Kernbeschränkungen“ enthält, nicht freistellbar. Dazu zählt zum einen die Beschränkung der Preisfestsetzungsfähigkeit des Käufers, mit Ausnahme der Festsetzung von Höchstverkaufspreisen oder Preisempfehlungen, sofern sich diese nicht in Folge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eine der Vertragsparteien tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken.

Zum anderen sind Beschränkungen des Gebiets oder des Kundenkreises, in das oder an den der Käufer Vertragswaren oder –dienstleistungen verkaufen darf, nicht freigestellt. Ausgenommen davon sind Beschränkungen des aktiven Verkaufs in Gebiete oder an Gruppen von Kunden, die der Lieferant sich selbst oder ausschließlich einem anderen Käufer zugewiesen hat, sowie Beschränkungen des aktiven Verkaufs an Endverbraucher durch Käufer, die auf der Großhandelsebene tätig sind, Beschränkungen des Verkaufs an nicht zugelassene Händler in einem selektiven Vertriebssystem sowie Beschränkungen der Lieferungen der Bestandteile durch den Käufer an Kunden, welche diese Bestandteile durch den Käufer an Kunden, welche diese Bestandteile für die Herstellung derselben Produkte wie die des Lieferanten verwenden würden. Als Passivverkauf wird die Werbung und der Verkauf im Internet betrachtet, wenn die Website nicht eindeutig auf Kunden in einem bestimmten Gebiet oder eine bestimmte Kundengruppe abzielt, die anderen Vertriebshändlern zugeteilt sind. E-Mails, die an einzelne Kunden ohne vorherige Anfrage verschickt werden, gelten als

⁴⁹⁷ Leitlinien über vertikale Beschränkungen, Rn. 95.

⁴⁹⁸ Art 9 Abs 2 lit c GVO Nr. 2790/1999.

⁴⁹⁹ Art 9 Abs 2 lit d GVO Nr. 2790/1999.

Aktivverkauf.⁵⁰⁰ Das Internet gilt als geeigneter Weg zu jedem Kunden.⁵⁰¹ Die Auswirkungen auf Kunden außerhalb des Vertragsgebietes beruht auf dem Charakter der Technologie und nicht einer gezielten Maßnahme. Nach dem Grundsatz, dass der Lieferant Qualitätsstandards für das Geschäft bzw für die Werbung und Verkaufsförderung festlegen kann, darf er auch für die Verwendung des Internets solche Standards auferlegen.

Auch verboten sind Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher durch Einzelhändler in selektiven Vertriebssystemen und Beschränkungen von Querlieferungen zwischen Händlern.

Zuletzt sind auch Beschränkungen zwischen dem Lieferanten und dem Käufer von Bestandteilen, welche dieser in andere Produkte einfügt, sofern sie den Lieferanten hindern, diese Bestandteile als Ersatzteile an Endverbraucher oder an Reparaturwerkstätten oder andere Dienstleistungserbringer zu verkaufen, die von dem Käufer nicht mit Reparatur oder Wartung seiner eigenen Produkte beauftragt waren, verboten.

Gemäß Art 5 Vertikal-GVO gibt es bezüglich der Zulässigkeit von vertikalen Vereinbarungen Einschränkungen. Die Vertikal-GVO gilt nicht für Verträge, die auf unbestimmte Zeit oder mit einer Laufzeit von mehr als 5 Jahren abgeschlossen wurden. Ausgenommen davon sind Verträge, bei denen Vertragsprodukte vom Käufer in Räumlichkeiten und auf Grundstücken verkauft werden, die im Eigentum des Lieferanten oder durch diesen von Dritten gemietet oder gepachtet worden sind und wenn das Wettbewerbsverbot lediglich auf diesen Zeitraum begrenzt ist.

Ebenfalls unzulässig wären nachvertragliche Wettbewerbsverbote. Davon wiederum ausgenommen sind solche, die sich auf die Produkte beziehen, die mit den Vertragsprodukten im Wettbewerb stehen, sich auf Räumlichkeiten oder Grundstücke beschränken, von denen aus der Käufer während der Vertragsdauer seine Geschäfte betrieben hat, sowie unerlässlich sind, um ein Know-how zu schützen, das der Käufer dem Lieferanten übertragen hat. In diesen Fällen ist aber ein Wettbewerbsverbot von höchstens einem Jahr zulässig.

⁵⁰⁰ Leitlinien über vertikale Beschränkungen, Rn 51.

⁵⁰¹ Leitlinien über vertikale Beschränkungen, Rn 51.

Darüber hinaus werden Verbote bezüglich des Verkaufs konkurrierender Produkte durch ein Mitglied eines selektiven Vertriebssystems nicht erlaubt.

Zuletzt kann nach Art 7 Vertikal-GVO eine Vereinbarung Wirkungen entwickeln, die mit Art 81 Abs 3 EGV unvereinbar sind. In diesem Fall kann der Vorteil der Gruppenfreistellungsverordnung entzogen werden. Dazu zählen insbesondere die Fälle von erheblichen Markteintrittsschranken oder die Beeinträchtigung des Wettbewerbes durch die kumulativen Wirkungen nebeneinander bestehender Netze gleichartiger vertikaler Beschränkungen.⁵⁰² Sind mehr als 50% des betroffenen Marktes von nebeneinander bestehenden Netzen gleichartiger vertikaler Beschränkungen erfasst, können bestimmte Vereinbarungen aus dem Anwendungsbereich der Vertikal-GVO durch die Kommission ausgeschlossen werden.⁵⁰³

VI. PRIVATE ENFORCEMENT BEI VERTIKALEN BINDUNGEN

Die Gruppe der vertikalen Vertriebsbindungen weist hinsichtlich der Möglichkeiten in Zusammenhang mit Private Enforcement zahlreiche Unterschiede zu horizontalen Kartellen auf. Aufgrund der hohen Praxisrelevanz und der weitgehenden Unerforschtheit lohnt eine nähere Betrachtung dieses Themas. Im Folgenden werden daher die Besonderheiten der privaten Rechtsdurchsetzung bei vertikalen Vertriebsbindungen dargestellt.

A. Disclosure Problematik bei vertikalen Vereinbarungen

Wie bereits oben ausführlich dargestellt, ist eines der wesentlichen Probleme der Durchsetzung von privatrechtlichen Ansprüchen aus dem Kartellrecht die schwere Beweisbarkeit von Verstößen. Dieses Problem hat auch die Kommission erkannt und dazu verschiedene Vorschläge im Grün- bzw Weißbuch⁵⁰⁴ erstellt. Es wird unter anderem erwogen, ein „fact pleading“ nach amerikanischem Vorbild, eine Zwangsoffenlegung, oder die obligatorische Vorlage einer Liste der relevanten Dokumente als Maßnahme zur Behebung dieses Problems einzuführen.

⁵⁰² Art 6 Vertikal-GVO.

⁵⁰³ Art 1a VO Nr. 19.

⁵⁰⁴ Siehe dazu oben unter Punkt „Disclosure Problematik“.

Bei vertikalen Bindungen würde dieses Hindernis in der Praxis der privaten Rechtsdurchsetzung keine große Rolle spielen. Die überwiegende Anzahl an Rechtsstreitigkeiten aus diesem Verhältnis werden wohl zwischen dem Produzenten und dem Vertriebspartner bzw zwischen Händlern auf unterschiedlichen Vertriebsstufen ausgefochten. Zumeist möchte ein Vertriebshändler erreichen, dass bestimmte Vertragsbestimmungen aufgrund eines Verstoßes gegen das Kartellrecht als nichtig aufgehoben werden. Aber es ist auch denkbar, dass ein Hersteller bzw ein auf darüber liegender Vertriebsstufe tätiger Händler eine vertikale Vereinbarung anzufechten gedenkt. Will der Vertragspartner einen Anspruch auf Schadenersatz bzw Unterlassung geltend machen, so kann er sich nach dem Prinzip des Private Enforcement im Wege einer normalen Schadenersatzklage auf den Kartellrechtsverstoß berufen.

In diesem Fall wird die Offenlegung der relevanten Dokumente und der Beweis einer unzulässigen vertikalen Beschränkung keine Hürde darstellen. Schließlich befinden sich die notwendigen Urkunden in aller Regel auch im Besitz des Vertragspartners. Er bräuchte nur die entsprechenden Verträge mit den verbotenen Klauseln bei Gericht vorlegen.

Dass sich auch einer der Vertragspartner auf die Unwirksamkeit des Vertrages aufgrund eines Verstoßes gegen das Kartellrecht berufen kann, folgt aus dem Urteil *Courage/Crehan*⁵⁰⁵. Wie bereits oben näher ausgeführt, wurde hier ausdrücklich ausgesprochen, dass auch Vertragspartner kartellrechtswidriger Vereinbarungen Schadenersatz begehren können.

Insofern besteht hinsichtlich der privaten Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen aus kartellrechtswidrigen vertikalen Vereinbarungen nicht die Notwendigkeit der Umsetzung der im Grünbuch vorgeschlagenen Maßnahmen zur Beseitigung der Disclosure Problematik.⁵⁰⁶

Da diese Disclosure Problematik im Bereich der Streitigkeiten aus vertikalen Vertriebsbindungen quasi nicht existent ist, wird es sich bei diesen Schadenersatzansprüchen

⁵⁰⁵ Siehe dazu oben Kapitel „Der Fall *Courage – Crehan*“.

⁵⁰⁶ Siehe dazu oben unter Kapitel „Disclosure Problematik“.

wohl um jene Fälle handeln, bei welchen auch ohne vorangegangenes Kartellverfahren durch nationale oder europäische Behörden eine Durchsetzung möglich und sinnvoll ist.⁵⁰⁷

B. Berechnung der Höhe des Schadenersatzes bei der Verletzung des Kartellrechts aufgrund von vertikalen Vereinbarungen

Bei der Berechnung der Höhe des Schadenersatzes wegen der Verletzung des Kartellrechts durch vertikale Vereinbarungen ist nach der Position des Geschädigten innerhalb der Produktions- und Vertriebskette zu unterscheiden. In Betracht kommt daher ein Geschädigter, der Hersteller, Vertriebshändler oder Endverbraucher ist.

1. Berechnung der Höhe des Schadenersatzes des Herstellers

Denkbar ist eine Schädigung des Herstellers durch vertikale Vereinbarungen wegen Beschränkungen, die den Absatz des Herstellers eingeschränkt haben (Alleinbelieferungs-/ Alleinbezugsverpflichtung). Der Hersteller hätte also mehr Produkte verkaufen können, wenn die Vereinbarung nicht geschlossen worden wäre. Der Schaden des Herstellers liegt also in jenem Gewinn, den er erwirtschaftet hätte.

Daraus ergibt sich, dass die Berechnungsmethoden, die bisher bei Submissionskartellen angewendet wurden, hier nicht anwendbar sind. Nach hRsp ist dabei auf den hypothetischen Marktpreis abzustellen. Diese Berechnungsmethode ist dort sinnvoll, wo es sich um ein horizontales Kartell handelt und der Geschädigte ein Abnehmer ist. Für die hier zu untersuchenden vertikalen Bindungen kann mit diesen Berechnungsmethoden nicht das Auslangen gefunden werden, weil ein hypothetischer Marktpreis hier zu keinem Ergebnis führen würde. Wenn die kartellrechtswidrige Vereinbarung nicht bestanden hätte, wäre der Marktpreis schließlich nicht anders gewesen, sondern hätte der Hersteller zum selben Preis an andere Abnehmer (damit insgesamt mehr) liefern können. Somit käme man mit der Methode des hypothetischen Marktpreises zu dem Ergebnis, dass dem Hersteller kein Schaden entstanden ist. Der Schaden besteht nämlich nicht in einem geringeren Preisniveau, sondern in

⁵⁰⁷ Anderer Ansicht: BWB, Stellungnahme der Österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen der Verletzung europäischen Wettbewerbsrechts, 2. Schadenersatzklagen sollen sich demnach nur auf „follow on“-Klagen beschränken.

einem geringeren Gesamtverkaufsvolumen. Auch die übrigen in der Literatur behandelten Schadenersatzberechnungsmethoden bei Kartellrechtsverletzungen sind – mit Ausnahme der Differenzmethode – nicht bzw nicht unmittelbar auf diese Fallkonstellation anwendbar.

Es ist möglich, den Schaden des Herstellers bei kartellrechtswidrigen vertikalen Vereinbarungen durch die Differenzmethode zu ermitteln. Ohne das kartellrechtswidrige Verhalten (die vertikale Vereinbarung) hätte der Hersteller eine größere Anzahl an Produkten verkauft. Der Gewinn (abzüglich der Produktionskosten), der ihm dadurch entgangen ist, stellt den Schaden dar.

Auch durch die analoge Anwendung der Yardstick-Methode lässt sich der Schaden des Herstellers beziffern. Die Herangehensweise basiert bei dieser Fallkonstellation auf einem Vergleich zwischen dem Gewinn eines Herstellers in einem Markt, der durch ein Kartell beeinflusst wurde mit dem Gewinn eines Herstellers in einem ähnlichen Markt, der von unerlaubten Vereinbarungen verschont blieb. In Betracht kommen auch hier vor allem geographisch getrennte Märkte des gleichen Produkts. Beim Vergleichsmarkt ist wiederum auf möglichst ähnliche Wettbewerbsstrukturen (Kostenstrukturen sowie die Angebots- und Nachfragecharakteristik) zu achten.

Mit Hilfe der Stückkostenmethode können lediglich die durchschnittlichen Produktionskosten des Produktes des Herstellers berechnet werden. Dafür dividiert man die Gesamtproduktionskosten durch die Gesamtstückanzahl. Zu diesem Betrag addiert man eine Gewinnmarge. Die Summe stellt dann den Verkaufspreis dar. Da aber bei der vorliegenden Konstellation gerade der Stückpreis schon bestimmt ist, kann diese Berechnungsmethode bei der vorliegenden Fallkonstellation nur zur Unterstützung anderer Berechnungsmethoden herangezogen werden (siehe näheres dazu unten).

Die Preisvorhersage Methode und das theoretische Simulationsmodell können genutzt werden, um zu bestimmen, welche Mengen der Hersteller absetzen hätte können. Da diese beiden Methoden jedoch äußerst komplex sind und die Fehleranfälligkeit sehr hoch ist, ist es mE sinnvoll in diesen Fällen eher einfachen Methoden den Vorzug zu geben. Nach der hier vertretenen Auffassung hat eine Mischform der Differenzmethode und der Stückkostenmethode für die Berechnung des Schadens des Herstellers wegen

kartellrechtswidrigen vertikalen Vereinbarungen die größten Aussichten auf Erfolg. Grundsätzlich ist die Differenzmethode anzuwenden, dh dass es bei der Berechnung des Schadens die reale Vermögenssphäre mit der hypothetischen Vermögenssphäre des Geschädigten verglichen wird. Die Differenz stellt den Schaden dar. Um die hypothetische Vermögenssphäre des Geschädigten darzustellen, wird die Stückkostenmethode angewendet. Der Vorteil dieser Berechnungsmethode liegt in der Genauigkeit der Stückkosten. Häufig können durch höhere Produktionszahlen günstigere Stückkosten erzielt werden bzw führt eine höhere Stückanzahl nicht automatisch zu höheren Kosten. Der Schaden kann daher genauer berechnet werden. Liegen besondere Voraussetzungen (wie zB ein regional stark abgegrenzter Markt) vor, kann das Ergebnis dieser Berechnung durch die Yardstick Methode überprüft werden.

2. Berechnung der Höhe des Schadenersatzes des Abnehmers

Auf den Produktionsstufen der Zwischenhändler (jene Stufen zwischen Hersteller und Endverbraucher) ist es möglich, dass ein Schaden dadurch entsteht, dass ein Abnehmer nur von einem Lieferanten bzw Hersteller beliefert wird (Markenzwang), nur ein gewisser Kundenkreis beliefert werden darf (Vertriebsbeschränkung) oder eine Vereinbarung über eine Preisbindung oder eine Marktaufteilung bestehen.

Je nach Vereinbarung kann dem Abnehmer daher zunächst ein Schaden dadurch entstehen, dass er durch Beschränkungen einen kleineren Kundenkreis hat und daher weniger Produkte absetzen kann. Zur Berechnung des Schadens des Abnehmers gilt das zu der Berechnung des Schadens des Herstellers gesagte mutatis mutandis.

Auch hier wird die ideale Schadensberechnungsmethode mE in einer Mischform aus Differenz- und Stückkostenmethode liegen. Allerdings kommt der Anwendung der Stückkostenmethode bei der Schadensberechnung bei Abnehmern eine geringere Bedeutung als bei jener der Hersteller zu. Schließlich ergibt sich beim bloßen Vertrieb von Produkten eine Einsparung bei höherer Stückzahl nur in weniger Fällen. Da jedoch auch der Zwischenhändler Fixkosten bestreiten muss, die unabhängig von den abgesetzten Produkten anfallen, ist die Stückkostenmethode nicht gänzlich außer Acht zu lassen.

Darüber hinaus kann dem Abnehmer auch ein Schaden dadurch entstehen, dass er in seiner Preisfestsetzungsautorität vertraglich beschränkt ist (Preisbindung). Der Abnehmer könnte also argumentieren, dass ihm dadurch ein Schaden entstanden ist, dass er keinen niedrigeren Preis festsetzen durfte. Dadurch ist ihm die Möglichkeit entgangen, mehr Produkte abzusetzen. Er hätte daher trotz geringerer Preise einen höheren Gewinn erzielt.

ME ist auch hier die bereits oben dargestellte Mischform aus Differenzmethode und Stückkostenmethode anzuwenden. Hier kommt jedoch der Stückkostenmethode sehr große Bedeutung zu: Schließlich muss der Zwischenhändler darstellen, dass er trotz geringerer Preise und damit geringerer Gewinnmarge, durch den Vertrieb einer höheren Stückanzahl einen höheren Gewinn erzielt hätte und ihm damit ein Vermögensschaden entstanden ist. Gibt es am entsprechenden Markt Konkurrenten, so ist durch die Preisvorhersagemethode oder das theoretische Simulationsmodell zu prüfen, wie auf diese Preisveränderungen Konkurrenten reagiert hätten.

3. Berechnung der Höhe des Schadens des Endverbrauchers

Dem Endverbraucher kann dadurch ein Schaden entstehen, dass durch selektiven Vertrieb und Marktaufteilung der Intra- und Interbrandwettbewerb ausgeschlossen ist. Dadurch kann er gezwungen sein, ein schlechteres Preis/Leistungsverhältnis in Kauf zu nehmen. Durch Preisbindungsvereinbarungen kann der Endverbraucher ebenfalls gezwungen sein, höhere als die marktgerechten Preise zu bezahlen. Der Schaden liegt in beiden Fällen in der Differenz zwischen dem hypothetischen Marktpreis und dem tatsächlich bezahlten Preis. Unter dem „Markt“ ist der Intra- und Interbrandmarkt des vertriebenen Produkts zu verstehen.

Diese Fallkonstellation entspricht im Wesentlichen der typischen Konstellation für die private Rechtsdurchsetzung von Verbrauchern. Es kommen daher alle Berechnungsmethoden der Lehre und des Grünbuchs der Kommission, wie sie für das allgemeine Private Enforcement entwickelt wurden, in Betracht.⁵⁰⁸

⁵⁰⁸ Siehe dazu oben unter Kapitel „Berechnung der Höhe des Schadenersatzes“.

Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden sei an dieser Stelle lediglich ausgeführt, dass nach der hier vertretenen Auffassung jede der beschriebenen Methoden seine Vor- und Nachteile hat und nach den näher beschriebenen Kriterien zu prüfen ist, welche der Methoden im Einzelfall den Schaden am ehesten akkurat darstellen kann.

C. Umfang des Schadenersatzes bei vertikalen Vereinbarungen

Grundsätzlich ist auch bei einer Schadenersatzklage wegen einer kartellrechtswidrigen vertikalen Vereinbarung zu erwägen, statt dem einfachen Schadenersatz, den Umfang des Schadenersatzes anders zu bemessen. Im Grünbuch wurde dazu erwogen, zum Schadenersatz einen Aufpreis hinzuzurechnen bzw einen doppelten Schadenersatz einzuführen. Wie bereits oben näher erläutert, wird nach der hier vertretenen Auffassung ein Strafschadenersatz abgelehnt.⁵⁰⁹ Auch bei Schadenersatzansprüchen aus kartellrechtswidrigen vertikalen Vereinbarungen besteht mE kein Grund von dieser Haltung abzugehen. Im Gegenteil: Gerade in diesen Fällen gibt es kein haltbares Argument für, aber gewichtige Argumente gegen einen Strafschadenersatz.

Das wohl stärkste Argument gegen einen erhöhten Schadenersatz ist die Gefahr einer Flut von unbegründeten Klagen. Bei Schadenersatzklagen aus vertikalen Vereinbarungen ist diese Gefahr noch größer. Während bei horizontalen Kartellen die Rechtslage relativ klar und übersichtlich ist, kann dies bei vertikalen Vereinbarungen nicht behauptet werden. Zwar dienen die Leitlinien der Kommission der näheren Konkretisierung des europäischen (und durch Verweisung auf die Vertikal-GVO auch des österreichischen) Kartellrechts. Es kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass das Ziel, Unternehmen in die Lage zu versetzen, eigene zuverlässige Aussagen über die Rechtmäßigkeit ihrer Vertriebsvereinbarungen zu treffen, ohne in jedem Einzelfall die Kommission in Anspruch nehmen zu müssen, erreicht wurde.⁵¹⁰

Insbesondere beim selektiven Vertrieb kann nicht von einer klaren Rechtslage gesprochen werden. So kommt es beispielsweise bei der kartellrechtlichen Beurteilung des qualitativen

⁵⁰⁹ Siehe dazu oben unter Kapitel „Umfang des Schadenersatzes“.

⁵¹⁰ *Nazerali/Cowan* ECLR2000, 49, 54 (die Leitlinien seien „lengthy and complicated“); *Rittner*, WuW 2000, 831 und DB 1211, 1213.

selektiven Vertriebs nicht nur auf den Marktanteil, sondern auch darauf, welcher Anteil des Marktes von mitselektiven Vertriebssystemen abgedeckt ist und welche Vertriebsmethoden die marktstärksten Anbieter verwenden.⁵¹¹ Die Marktstruktur und die angewendeten Bindungen sind dabei im Einzelfall zu berücksichtigen. Auch die Art der Kriterien des quantitativen selektiven Vertriebs soll nach Ansicht der Kommission Berücksichtigung finden.⁵¹² Weiters sind Effizienzgewinne im Zusammenhang mit Alleinvertriebssystemen zu berücksichtigen. Somit wird deutlich, dass eine generelle Aussage, ob quantitativer selektiver Vertrieb zulässig ist, nicht möglich ist. Die oben genannten Faktoren müssen in ihrer Gesamtheit beurteilt werden, wobei es auf die Strenge der quantitativen Selektion und die Ziele, die mit ihr verfolgt werden ankommt.⁵¹³

Weiters ist die Frage, inwieweit den Leitlinien eine rechtliche Verbindlichkeit zukommt, mit Blick auf die jeweilige Funktion der dort getroffenen Aussagen zu beantworten.⁵¹⁴ Sie stellen eine Form der Gesetzesbegründung dar, soweit sie die Anwendung der Vertikal-GVO behandeln.⁵¹⁵ Da die Leitlinien nicht im vorgeschriebenen Gesetzgebungsverfahren erlassen wurden, können sie nicht gleichberechtigt neben der Vertikal-GVO zur Anwendung kommen. Sie können daher lediglich als Auslegungshilfe der GVO dienen. Eine Bindung kann allenfalls für die Kommission im Rahmen der Selbstbindung bezüglich Ermessensentscheidungen entstehen. Eine Bindung von Behörden oder Gerichten entsteht durch die Leitlinien aber nicht.⁵¹⁶ Diese Bindung wäre aber für eine Befreiung von einer Haftung für Schadenersatzansprüche aus einer Kartellrechtsverletzung notwendig, um sich auf die Leitlinien verlassen zu können.

Nicht nur, dass die Leitlinien sehr komplex sind, ein Ergebnis sich nicht eindeutig ableiten lässt und sie auch keine verlässliche Quelle darstellen, sie sind auch geeignet, den Rechtsanwender in die Irre zu führen. Dort wo nämlich die Leitlinien die der Vertikal-GVO oder der Rsp zu Art 81 Abs 1 und 3 EGV widersprechen, erfüllen sie nicht mehr ihre bloße Interpretationsaufgabe.⁵¹⁷ Da die Leitlinien die einzige Interpretationshilfe darstellen, können

⁵¹¹ Leitlinien Tz 189 und die Beisiele in Tz 197 und 198.

⁵¹² Leitlinien Tz 186 und Tz 189.

⁵¹³ So auch *Beutelmann*, 199.

⁵¹⁴ *Bauer* in *Bauer/de Bronett*, Rn 244 ff; *Baron* in: *Langen/Bunte*, Bd II, Einführung zum EG- Kartellrecht, Rn 154 ff.

⁵¹⁵ Insbesondere die Abschnitte III bis V der Leitlinien.

⁵¹⁶ *Rittner*, DB 2000, 1211, 1213; ders. WuW 2000, 831; *Pautke/Schultze*, BB 2001, 317 ff.

⁵¹⁷ *Bauer* in: *Bauer/de Bronett*, Rn 247; *Bechtold* EWS 2001, 49, 53.

Probleme entstehen, wenn nationale Behörden und Gerichte diese Leitlinien umsetzen und ihnen somit in der Praxis Bedeutung zukommt.⁵¹⁸

Angesichts dieser Bewertungsschwierigkeiten bei vertikalen Vereinbarungen ist ein Strafschadenersatz wohl kaum gerechtfertigt. Hier würde ein Verhalten bestraft, von deren Unzulässigkeit die betroffenen Personen möglicherweise nichts wussten. Angesichts der Tatsache, dass ein Unternehmen, das seine vertikalen Strukturen anders als eine Wettbewerbsbehörde beurteilt hat, mit Bußgeld rechnen muss, stellt bereits der einfache Schadenersatz eine erhebliche Belastung dar.

Als Vorteil der Einführung eines Strafschadenersatzes wird immer wieder die Abschreckungswirkung ins Treffen geführt. Im Sinne des Gedankens der Generalprävention soll durch drakonische Strafen für andere Marktteilnehmer sichtbar ein Exempel statuiert werden. Dazu ist zunächst zu bemerken, dass auch durch die Verhängung von Bußgeldern Unternehmen empfindlich vor Augen geführt werden kann, dass sich wettbewerbsschädliches Verhalten auszahlt. Insbesondere die Kommission macht von ihrem Recht, hohe Bußgelder zu verhängen, regen Gebrauch.

Darüber hinaus würde das Ziel der Generalprävention im Falle der Kartellrechtsverletzung durch vertikale Vereinbarungen nicht erreicht. Wie bereits oben ausgeführt, ist die kartellrechtliche Beurteilung vertikaler Vereinbarungen äußerst komplex und hängt von vielen Faktoren ab, die den Behörden Ermessensspielraum einräumen. Es ist für Unternehmen daher in den meisten Fällen schwierig einzuschätzen, inwiefern vertikale Vereinbarungen zulässig sind. In der Mehrzahl der Fälle, in denen eine Kartellrechtsverletzung durch andere Bewertungen der Faktoren der GVO zustande kam, würde ein Verhalten sanktioniert, von dem die Betroffenen nicht wissen konnten, dass es kartellrechtswidrig war. Eine generalpräventive Wirkung entfaltet sich hier nicht.

Zuletzt wird von Befürwortern der Punitive Damages der zusätzliche Klagsanreiz angeführt, der bewirken soll, dass auch jene Geschädigten einen Prozess anstrengen, die nur einen geringen Schaden erlitten haben und das Prozessrisiko im Verhältnis zu dem allenfalls zu

⁵¹⁸ So auch de Bronett, WuW 1999, 825, 83 f; Bechtold, EWS 2001, 49, 53; Baron in: Langen/Bunte, Bd II Einführung zum EG-Kartellrecht, Rn 155.

erlangenden Schadenersatz scheuen. Bei Schadenersatzklagen wegen der Verletzung des Kartellrechts durch vertikale Vereinbarungen ist jedoch das Prozessrisiko stark herabgesetzt. Die Vertragsparteien sind schließlich regelmäßig im Besitz aller Dokumente über die vertikalen Vereinbarungen und können diese auch in einem Verfahren vorlegen. Zumindest auf der Sachverhaltsebene wird es daher für den Geschädigten ein leichtes sein, seinen Standpunkt darzulegen.

Darüber hinaus nimmt ein Vertriebshändler im Vergleich zu einem Endverbraucher viel größere Produktmengen ab bzw. vertreibt der Hersteller größere Mengen. Die Geschädigten einer Vertriebsvereinbarung erleiden daher einen größeren Schaden als bloße Endverbraucher. Hier besteht also (zumindest für Hersteller und Händler) nicht mehr jenes Missverhältnis zwischen geringem erlittenem Schaden und hohem Prozessrisiko. Bei vertikalen Kartellrechtsverletzungen bedarf es daher regelmäßig wegen des hohen erlittenen Schadens keines zusätzlichen Klagsanreizes. Ein Strafschadenersatz ist daher auch aus diesem Grund nicht geboten.

D. Passing-on defense bei vertikalen Vereinbarungen

1. Relevanz bei vertikalen Vereinbarungen

Zu prüfen ist zunächst, ob das Thema der passing-on defense bei vertikalen Vereinbarungen überhaupt relevant ist. Im Gegensatz zur horizontalen Vereinbarung kann die Weitergabe eines erhöhten Preises selbst Teil einer vertikalen Vereinbarung sein. Aufgrund der verschiedenen Formen von vertikalen Vereinbarungen ist daher nach den Eigenschaften der einzelnen vertikalen Vereinbarungen zu differenzieren.

a. Passing-on defense bei Markenzwang

Beim Markenzwang verpflichtet sich der Abnehmer, nur von einem Lieferanten bzw. Hersteller zu beziehen. Da der Abnehmer keine Möglichkeit hat, den Wettbewerb mit anderen Lieferanten/Herstellern für sich zu nutzen, wird er für das Produkt mehr bezahlen müssen, als ein Abnehmer, der diese Vereinbarung nicht getroffen hat. Ob der Abnehmer die

Preiserhöhung an seinen Abnehmer weitergibt, liegt in seinem Ermessen. Wirtschaftlich wird auf Dauer zumindest eine teilweise Weitergabe der Preiserhöhung unumgänglich sein.

Der Schaden des Abnehmers liegt in jenem entgangenen Gewinn, den er durch einen größeren Kundenkreis gehabt hätte. Diesen Schaden kann der Abnehmer gegenüber dem Lieferanten/Hersteller aus dem Titel des Schadenersatzes wegen Verletzung des Kartellrechts durch diese vertikale Vereinbarung geltend machen. Es ist zu erwarten, dass der Lieferant bzw Hersteller die Weitergabe der Preiserhöhung einwendet. Diese Preisdifferenz, die der Abnehmer für sich verbuchen kann, muss sich nicht mit dem entgangenen Gewinn decken. Es ist durchaus möglich, dass selbst bei voller Weitergabe der Preiserhöhung der Gewinnentgang durch einen Verlust an Kunden überwiegt und dem Abnehmer dadurch ein Schaden erwachsen ist. Bei der Einrede des Lieferanten bzw Herstellers handelt es sich also nicht um eine typische passing-on defense, die im Idealfall den Anspruch des Abnehmers gänzlich ausschließen kann, sondern um eine allgemeinere Form der Einrede der Vorteilsanrechnung nach allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts. Beim Markenzwang hat somit eine passing-on defense zwar keinen Anwendungsbereich. Es ist jedoch eine Weitergabe einer Preiserhöhung im Wege der allgemeinen Grundsätze der Vorteilsanrechnung zu beachten.

b. Passing-on defense bei Vertriebsbeschränkungen

(1) Kunden- und Gebietsbindung

Bei der Kunden- und Gebietsbindung wird dem Abnehmer eines Lieferanten bzw Herstellers eine Beschränkung bezüglich des Gebietes oder eines gewissen Kundenkreises auferlegt. Der Schaden des Abnehmers liegt daher in dem Gewinn, der ihm dadurch entgangen ist, dass er nicht unbeschränkt an alle Kunden bzw in allen Gebieten weiterverkaufen durfte. Macht der Abnehmer diesen Schaden gegen den Lieferanten bzw Hersteller aus dem Titel des Schadenersatzes wegen Verletzung des Kartellrechts durch eine vertikale Vereinbarung geltend, ist nun zu prüfen, ob dem Lieferanten bzw Hersteller eine passing-on defense zusteht. Eine Einrede der Weitergabe einer Preiserhöhung kommt bei dieser Konstellation nicht in Betracht, weil es sich hier nicht um eine Kartellrechtsverletzung durch ungerechtfertigte Preisabsprachen handelt, aus der erhöhte Preise resultieren, die der Abnehmer weitergeben könnte. Die Kartellrechtsverletzung liegt in der ungerechtfertigten Kunden- und Gebietsbindung. Der übergeordnete Händler bzw Hersteller gibt keinen erhöhten Preis an den

nachgeordneten Vertriebspartner weiter, den dieser wiederum weitergeben könnte. Für eine passing-on defense ist daher bei der Kunden- und Gebietsbindung kein Raum und sie kann nicht wirksam erhoben werden.

(2) Alleinbelieferung

Bei der Alleinbelieferung wird in einer Vereinbarung festgelegt, dass der Lieferant bzw Hersteller das Produkt ausschließlich an einen Abnehmer liefern darf. Hier kann dem Lieferanten bzw Hersteller ein Schaden dadurch entstehen, dass er den Wettbewerb der Abnehmer untereinander nicht nutzen kann und er an einen Abnehmer liefern muss, obwohl er für seine Produkte einen höheren Preis bzw bessere Konditionen erzielen hätte können. Der Lieferant bzw Hersteller könnte diesen Schaden wegen der Verletzung des Kartellrechts durch eine vertikale Vereinbarung geltend machen. Als Einrede des Abnehmers kommt allenfalls in Betracht, dass dieser behauptet, dass der Lieferant bzw Hersteller seinen Schaden durch einen erhöhten Preis an den Abnehmer weitergegeben hat. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine passing-on defense, bei der der Abnehmer eines Lieferanten einen erhöhten Preis wegen einer Wettbewerbsverletzung bezahlen muss, den er seinerseits an seine Abnehmer weitergibt. Charakteristisch für eine passing-on defense ist schließlich ein dreipersonales Verhältnis. Dieses liegt aber bei der Alleinbelieferung nicht vor. Hier gibt es lediglich ein Verhältnis zwischen dem Hersteller oder Vertriebshändler und dem nachgeordneten Händler. Sowohl das Vertriebsverhältnis als auch die passing-on defense betreffen nur diese beiden Personen. Die zentrale Frage der passing-on defense ist darüber hinaus die Zulässigkeit der aktiven Legitimation des indirekt Geschädigten. Einen solchen indirekt Geschädigten gibt es bei der Alleinbelieferung ebenfalls nicht. Da somit die entscheidenden Charakteristika der passing-on defense nicht vorliegen, kommt diese Einrede in dieser Fallkonstellation nicht in Betracht.

(3) Ausschließliche Kundenzuteilung

Bei der ausschließlichen Kundenzuteilung ist die Verpflichtung, an einen bestimmten Vertriebshändler zu liefern, vereinbart. Da wie bei der Kunden- und Gebietsbindung der Schaden des Abnehmers in jenem entgangenem Gewinn liegt, der bei einem größeren Kundenkreis erzielt worden wäre, gibt es auch hier keine Preiserhöhung, die an Kunden weitergegeben werden könnte. Eine passing-on defense scheidet somit auch bei der ausschließlichen Kundenzuteilung aus.

(4) Vorgabe von Absatzmengen

Bei der Vorgabe von Absatzmengen handelt es sich regelmäßig um Mindestabsatzanforderungen des Lieferanten bzw Herstellers an den Abnehmer. Dem Abnehmer kann dadurch ein Schaden erwachsen, dass er - um diese Mindestmengen zu erfüllen - Produkte zu geringeren Preisen verkaufen muss. Der Schaden stellt also in diesem Fall die Differenz im Vermögen des Abnehmers mit und ohne der vertikalen Vereinbarung dar. Eine passing-on defense des Lieferanten bzw Herstellers kommt hier nicht in Betracht, weil hier vom Lieferanten bzw Hersteller keine Preiserhöhung gibt, die der Abnehmer an seine Kunden weitergeleitet hätte. Im Gegenteil: Der Abnehmer verkauft sogar billiger, als er dies ohne vertikaler Absprache getan hätte. Der Hersteller bzw Lieferant kann also die Einrede der Weitergabe einer Preiserhöhung nicht erheben.

(5) Selektiver Vertrieb

Bei selektiven Vertriebssystemen handelt es sich um Netzwerke von gleichförmigen Verträgen, durch die ein Hersteller ausgewählte Absatzmittler verpflichtet, bestimmte Vertriebswege einzuhalten, insbesondere die Vertragsprodukte nicht an außenstehende Händler zu liefern. Im Gegenzug verpflichtet sich der Hersteller auch nur an die ausgewählten Absatzmittler zu liefern. Für die vorliegende Untersuchung ist also wesentlich, dass eine Bezugs- und Belieferungsbeschränkung vereinbart wird. Wie bereits oben in den Punkten (1) und (2) dargestellt, kann eine passing-on defense bei dieser Kombination von Bezugs- und Belieferungsbeschränkung nicht wirksam erhoben werden.

c. Passing-on defense bei Preisbindungen

Bei Preisbindungen verpflichtet sich der Abnehmer, nicht unterhalb eines bestimmten Preises, zu einem bestimmten Preis bzw. nicht oberhalb eines bestimmten Preises zu verkaufen. Dem Abnehmer kann dadurch ein Schaden erwachsen, dass ihm wegen dieser Verpflichtung jener Gewinn entgangen ist, den er erzielen hätte können, wenn er günstiger anbieten hätte dürfen. Trotz der geringerer Marge hätte er durch die höheren Verkaufszahlen einen höheren Gesamtgewinn erzielt. Der Lieferant bzw Hersteller kann zwar einwenden, dass der Abnehmer die Preiserhöhung weitergegeben hat. Dies ist zweifellos richtig, schließlich war der Abnehmer dazu ja vertraglich verpflichtet. Anders als bei der passing-on defense bringt dieses Vorbringen dem Lieferanten bzw Hersteller keinen Vorteil. Es liegt in der

Preisweitergabe nämlich keine Verlagerung des Schadens auf einen Dritten, die dazu führen würde, dass der Abnehmer seinen Schaden nicht beim Lieferanten/Hersteller geltend machen kann. Der Lieferant bzw Hersteller kann daher bei einer Schadenersatzklage wegen Verletzung des Kartellrechts durch eine Preisbindung die passing-on Einrede nur insofern erheben, als er vorbringen kann, dass dem nachgeordneten Händler ein Vorteil in Höhe der Differenz zwischen festgesetztem und hypothetischem Preis entstanden ist. Im Gegensatz zur passing-on defense, bei der behauptet wird, dass dem nachgeordneten Händler von vornherein ein geringerer Schaden durch die Preisweitergabe entstanden ist, handelt es sich bei der vorliegenden Einwendung um eine Einwendung der Vorteilsanrechnung. Somit kann bei dieser Konstellation zwar eine Vorteilsanrechnung, aber keine passing-on defense eingewendet werden.

d. Passing-on defense bei horizontaler Wirkung vertikaler Vereinbarungen

Vertikale Vereinbarungen können nicht nur vertikale sondern auch horizontale Wirkungen auf den Wettbewerb haben. Vertriebssysteme sind in der Regel fächerförmig aufgebaut, dh an ihrer Spitze steht der Hersteller bzw ein Alleinvertriebshändler. Dieser schließt mit Händlern gleichlautende Verträge ab. Das führt dazu, dass sich auf dieser Marktstufe alle Händler wegen ihrer vertraglichen Bindung gleich verhalten. Zwischen ihnen gibt es keinen Wettbewerb. Die gleichlautenden vertikalen Vereinbarungen haben also auf den ersten Blick denselben Effekt wie eine horizontale Absprache der Händler untereinander.

Auf den zweiten Blick wird offensichtlich, dass sich nicht alle diese so genannten „Sternverträge“ wie horizontale Vereinbarungen auswirken. Die spezielle Rechtfertigung für die Sonderbehandlung von vertikalen Vereinbarungen liegt wie bereits oben näher dargestellt in der positiven Wirkung, die sie auf den Wettbewerb haben. Diese positive Wirkung haben horizontale Absprachen jedoch nicht. Sie sind deshalb rein wettbewerbsschädlich, während bei vertikalen Bindungen die positiven Auswirkungen die negativen übertreffen. Somit ist eine Ungleichbehandlung durchaus gerechtfertigt.

Darüber hinaus haben vertikale Vertriebsbindungen lediglich Auswirkungen auf den Intra-brandwettbewerb. Horizontale Kartelle wirken sich regelmäßig auf den Inter-brandwettbewerb aus, sodass ein positiver Effekt auf den Wettbewerb nicht zu erwarten

ist. Kartellrechtlich problematisch können Sternverträge dann sein, wenn sie sich durch Marktmacht auf den Interbrandwettbewerb auswirken.

Liegt eine solche unzulässige Vertriebsvereinbarung vor, könnte ein Abnehmer eines jener Händler, die mit dem Hersteller bzw Alleinvertriebshändler einen Sternvertrag abgeschlossen haben (Lieferanten), Schadenersatz wegen zu hoher kartellierter Preise geltend machen. In diesem Fall wäre es denkbar, dass der übergeordnete Händler einwendet, dass der Abnehmer die Preiserhöhung an dessen Abnehmer weitergegeben hat. Er kann also eine Vorteilsanrechnung erfolgreich einwenden.

2. Besonderheiten der passing-on defense bei vertikalen Vereinbarungen

Als negative Auswirkung des Zulassens der passing-on defense wird die Steigerung der Komplexität des Verfahrens angeführt. Dies geschieht dadurch, dass sich die genaue Zuordnung des erlittenen Schadens auf jeder Stufe der Lieferkette im Regelfall als überaus aufwendig darstellt und schwer nachzuweisen ist.

Bei vertikalen Vereinbarungen trifft dies jedoch regelmäßig nicht zu. Insbesondere beim selektiven Vertrieb ist der Abnehmer in ein System eingebunden, das ihm nur einen bestimmten Vertriebsweg erlaubt. Zumeist werden die Wiederverkaufspreise akkordiert, zumindest sind diese aber bekannt. Der Händler weiß somit, inwiefern höhere Preise an Abnehmer weitergegeben werden. Der passing-on defense (bzw Vorteilsanrechnung) steht somit ein allfälliges Informationsdefizit bei vertikalen Bindungen nicht entgegen. Für den (sehr eingeschränkten) Anwendungsbereich der passing-on defense bei vertikalen Bindungen ist daher festzuhalten, dass eine Variante der Einwendbarkeit der Einrede bei gleichzeitigem Zulassen der Aktivlegitimation des indirekten Abnehmers eine angemessene Lösung darstellt.

E. Prozesskosten bei vertikalen Vereinbarungen

Auch bei Schadenersatzklagen wegen Verletzung des Kartellrechts durch vertikale Vereinbarungen besteht das Risiko, dass der Kläger mit seinem Anspruch vor Gericht nicht

durchzudringen vermag und in weiterer Folge nicht nur keinen Schadenersatz erhält (bzw. keine Unterlassung erreicht), sondern auch die Kosten des Prozesses bestreiten muss.

Bei horizontalen Kartellen besteht die größte Hürde des Klägers darin, das kartellrechtswidrige Verhalten zu beweisen. Der Geschädigte hat zumeist keinen Zugang zu internen Dokumenten oder anderen Beweismitteln, die eine Absprache belegen könnten. Bei vertikalen Bindungen ist dies insofern anders, als die Geschädigten selbst die Verträge abgeschlossen haben und daher im Besitz der notwendigen Beweismittel sind. Die Beweisproblematik ergibt sich daher nur auf der Ebene der Endverbraucher, die nicht Teil des Vertriebssystems sind und daher keinen Zugang zu internen Dokumenten und anderen Beweismitteln haben.

Aufgrund der Komplexität der rechtlichen Beurteilung von vertikalen Bindungen steigt das Prozessrisiko auf der rechtlichen Ebene. Selbst wenn der Sachverhalt hinreichend geklärt ist, ist oftmals strittig, ob eine vertikale Bindung rechtlich zulässig ist oder nicht. Wie bereits oben näher dargestellt, stellen die Leitlinien der Kommission zur Vertikal-GVO keine optimale Auslegungshilfe für die Praxis dar. Da mit dem Legalausnahmesystem die Genehmigung durch die Kartellbehörden weggefallen ist, besteht also gerade bei vertikalen Bindungen ein gesteigertes Maß an Rechtsunsicherheit.

Diese Rechtsunsicherheit wirkt sich in der Praxis auf das Prozessrisiko aus, weil der Prozessausgang nur schwer vorhergesagt werden kann. ME wäre es aber verfehlt, aus dieser Unsicherheit eine Notwendigkeit zur Änderung des Erfolgsprinzips ableiten zu wollen. Schließlich trifft die Unsicherheit alle Parteien gleichermaßen. Es besteht kein Grund den Beklagten – wie dies noch im Grünbuch vorgeschlagen wird – dahingehend schlechter zu stellen, dass er jedenfalls die Prozesskosten tragen muss. Begründet wird dieser Vorschlag mit der wirtschaftlichen Überlegenheit des Beklagten. Abgesehen davon, dass es mE unbillig wäre, dass die wirtschaftliche Situation eines Unternehmens rechtliche Wirkungen entfaltet, besteht bei Schadenersatzklagen wegen Kartellrechtsverletzungen durch vertikale Bindungen auch die Möglichkeit, dass der (wirtschaftlich stärkere) Hersteller bzw. Alleinvertriebshändler Kläger ist. Da das Abstellen auf die Beklagtenrolle somit den sozialen Überlegungen nicht gerecht wird, müsste auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Parteien abgestellt werden. Das würde aber zu der grotesken Konsequenz führen, dass jede Partei versuchen müsste

darzulegen, wirtschaftlich schwächer zu sein. Dass dies nicht gewollt sein kann, liegt auf der Hand.

Weiters ist zu befürchten, dass der Anreiz bei einem Entfall der Prozesskosten zu unberechtigten Klagen führt. Schließlich hätte der Kläger von vornherein keine negativen Auswirkungen zu gewärtigen, es bestünde aber durchaus die Möglichkeit, dass er Schadenersatz zugesprochen erhält. Auch aus diesem Grund ist daher eine Änderung des Prozesskostenersatzrechtes bei vertikalen Vereinbarungen abzulehnen.

F. Verschulden bei Schadenersatzklagen wegen Verletzung des Kartellrechts durch vertikale Vereinbarungen

1. Allgemeines

Zu prüfen ist, ob eine Verletzung des Kartellrechts durch vertikale Vereinbarungen der kartellrechtsverletzenden Partei vorwerfbar sind. Dabei handelt es sich derzeit um eine Frage des nationalen Schadenersatzrechts. Im Grünbuch wird angedacht, dass Verschuldenserfordernis zu beseitigen bzw zu mindern, um Schadenersatzklagen wegen Wettbewerbsverletzungen zu erleichtern. Da das Kartellrecht ein Schutzgesetz nach § 1311 ABGB darstellt und daher eine Verletzung nach österreichischem Schadenersatzrecht zu einer Umkehr der Beweislast nach § 1298 ABGB führt stellt das Verschuldenserfordernis nach Ansicht mancher kein Hindernis für Schadenersatzklagen dar.⁵¹⁹

Wie bereits oben näher dargestellt, ist eine Prüfung der Zulässigkeit von Vertriebsvereinbarungen äußerst komplex und keineswegs eindeutig. Es ist also möglich, dass eine Vertriebsvereinbarung in dem Glauben geschlossen wurde, dass diese kartellrechtskonform ist. Zu prüfen ist daher, ob der Einwand, dass man von dem Kartellrechtsverstoß nichts wusste, relevant ist und geeignet ist um ein Verschulden auszuschließen.

2. Österreichisches Recht

⁵¹⁹ Stellungnahme der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde, 8.

Nach hL wird zur Vorwerfbarkeit eines vorsätzlichen Verhaltens iS des Vorsatzes als Verschuldensform auch das Unrechtsbewusstsein des Täters verlangt.⁵²⁰ Bei vorsätzlicher Begehung der Rechtsgutbeeinträchtigung und Rechtsirrtum, der auf grober Fahrlässigkeit beruht, ist demnach die Tat als grob fahrlässig zu werten. Dies hat dieselben Rechtsfolgen wie vorsätzliches Handeln (§ 1324 ABGB). Beruht die Rechtsunkenntnis auf leicht fahrlässigem Verhalten ist die Tat als leicht fahrlässig zu werten. Bei Unklarheit der Rechtslage liegt idR keine grobe Fahrlässigkeit vor.⁵²¹ Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit kann aber nach hRsp die Schuldhaftigkeit des Handelns auch überhaupt ausschließen.⁵²² Auch die Abwägung von berücksichtigungswerten Interessen kann für die Beurteilung der Intensität der Sorgfaltsverletzung und damit der Fahrlässigkeit von Bedeutung sein.⁵²³

Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit muss entschuldbar sein. Ein entschuldbarer Irrtum kann aber bei vorsätzlicher Missachtung einer im Gesetz deutlich formulierten Pflicht (wohl auch eines Verbots) nicht bestehen.⁵²⁴ Kriterium für die Entschuldbarkeit ist demnach die Deutlichkeit der Formulierung des Gesetzes. Fraglich ist, inwieweit nach dem österreichischen Schadenersatzrecht auch Judikatur berücksichtigt werden muss. Nachdem die oben zitierte Rsp lediglich auf die Unklarheit der Rechtslage abstellt und diese durch Rechtsprechung konkretisiert wird, ist mE auch Judikatur zu berücksichtigen. Die Nichtbeachtung eines vereinzelt Judikats kann jedoch nach der hier vertretenen Auffassung Rechtsirrtum nicht von vornherein ausschließen. Demgegenüber begründet ein Nichtbeachten überwiegender oder gar herrschender Rechtsprechung je nach dem Grad der Bekanntheit leichte bzw. schwere Fahrlässigkeit.

3. Entschuldbarer Rechtsirrtum bei vertikalen Vereinbarungen

Das KartG 2005 gibt in § 3 KartG dem Bundesminister für Justiz die Möglichkeit, im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit durch Verordnung

⁵²⁰ Wolff in *Klang* VI 21 u 26 u *Koziol*³ I Rz 5/28f; *Koziol/Welser*¹³ II 319; HS 20.383 = *ecolex* 1992, 226; Arb 11.277 = [ecolex 1995, 121](#); offenlassend JBI 1958, 603.

⁵²¹ Miet 38.504; Schiedsstelle beim BMJ RfR 1984, 23.

⁵²² OGH JBI 1984, 259; SZ 60/51.

⁵²³ SZ 56/166, so auch *Loebenstein/Kaniak*, Kommentar zum AHG 63; *Koziol*, Haftpflichtrecht, Bd I, 127; *Kramer*, Der Rechtsirrtum im ABGB im Licht der allgemeinen Rechtstheorie, ÖJZ 1969, 505ff.

⁵²⁴ OGH JBI 1984, 259.

festzustellen, dass bestimmte Gruppen von Kartellen nach § 2 Abs. 1 vom Kartellverbot ausgenommen sind. Derzeit wird gemäß § 3 KartG auf die Gruppenfreistellungsverordnung 2790/1999 verwiesen. Somit ist zu prüfen, ob diese Gruppenfreistellungsverordnung hinreichend deutlich iSd österreichischen Schadenersatzrechts in Bezug auf die einzelnen Formen von vertikalen Vereinbarungen ist.

a. Markenzwang

Aus den Leitlinien über vertikale Beschränkungen ergibt sich lediglich, dass der Markenzwang bis zu einem Marktanteil und einer Wettbewerbsverbotsverpflichtung von höchstens 5 Jahren freigestellt ist.⁵²⁵ Wie oben im Detail bereits dargestellt kommt es für alle anderen Vereinbarungen mit Markenzwang auf verschiedene, im Einzelfall zu beurteilende Faktoren an.⁵²⁶ Somit können auch die Leitlinien keine zuverlässige Auskunft darüber geben, inwieweit eine Markenzwangsvereinbarung jenseits der 30%- und 5-Jahresfreistellung zulässig ist.

Wie bereits oben näher dargestellt gibt es zwar einzelne Entscheidungen zu Vereinbarungen des Markenzwanges auf europäischer Ebene und es können sicherlich Schwellenwerte festgestellt werden, bei welchen eine solche Vereinbarung jedenfalls wettbewerbswidrig ist. Eine genaue Abgrenzung und genaue Kriterien lassen sich aber auch aus der europäischen Judikatur der Gerichte und der Kommission nicht ableiten.

Es bleibt somit zusammenfassend festzuhalten, dass es durchaus nicht unwahrscheinlich ist, dass Vereinbarungen angewendet werden, die Bestimmungen eines Markenzwanges enthalten, in jenen Graubereich fallen, der jenseits der 30% und 5-Jahresgrenze liegt und von der bisherigen Judikatur nicht eindeutig entschieden ist. Da Unternehmen, die sich solcher Vereinbarungen bedienen, in Bezug auf deren Wettbewerbswidrigkeit gutgläubig sein können, liegt in Bezug auf diese einzelnen Vereinbarungen eine unklare Rechtslage vor. Nach österreichischem Schadenersatzrecht können solche Vereinbarungen einen Rechtsirrtum begründen, der das Verschulden ausschließt. Die Vereinbarung wäre zwar nichtig, der Anspruch auf Schadenersatz würde aber am Verschuldenserfordernis scheitern.

⁵²⁵ Leitlinien über vertikale Beschränkungen, Rz 131.

⁵²⁶ Leitlinien über vertikale Beschränkungen, Rz 132 ff.

b. Vertriebsbeschränkungen

Eine Unklarheit der Rechtslage wie bei Vereinbarungen des Markenzwanges besteht bei Vertriebsbeschränkungen nicht. In Art 4 GVO 2790/1999 wird konkret normiert, welche Vereinbarungen zulässig sind. Es besteht hier also kein Grund, von einer unklaren Rechtslage auszugehen, die einen Rechtsirrtum zu begründen vermag.

c. Preisbindung der zweiten Hand

Auch hier besteht keine unklare Rechtslage. Wie bereits oben näher erörtert, sind Mindestpreisfestsetzungen grundsätzlich nicht zulässig, während Höchstpreisfestsetzungen und unverbindliche Preisempfehlungen erlaubt sind. Die Rechtsunkenntnis bei solchen Vereinbarungen begründet grobe Fahrlässigkeit und ist nicht geeignet, das Verschulden auszuschließen.

d. Selektive Vertriebssysteme

Es kommt bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von selektiven Vertriebssystemen auf die Struktur des relevanten Marktes und die Intensität des bestehenden Markenwettbewerbs an. Bei ausreichender Anzahl von Wettbewerbern und ausgewogener Wettbewerbsstruktur sind von einer Straffung der Vertriebssysteme positive Auswirkungen auf den Markenwettbewerb zu erwarten. Es ist daher zu prüfen, ob die Auswirkungen selektiver Vertriebssysteme auf den Intra-brandwettbewerb zwischen den Händlern vernachlässigt werden können, solange ein ausreichender Inter-brandwettbewerb besteht und sich keine horizontalen Händlerkartelle nachweisen lassen. Bei der Beurteilung von Vertriebssystemen hat die Kommission auch dem Ziel der Marktintegration Rechnung zu tragen.

Ein selektives Vertriebssystem ist dann zulässig, wenn es nach der Beschaffenheit des Produktes erforderlich ist. Es muss geeignet sein die Qualität des Produkts zu wahren und den richtigen Gebrauch zu gewährleisten.

Diese sehr schwammigen Kriterien wären an sich nicht geeignet eine klare Rechtslage zur Zulässigkeit einzelner selektiver Vertriebsvereinbarungen zu schaffen. Wie bereits oben näher erläutert gibt es zu selektiven Vertriebsvereinbarungen jedoch reichlich Judikatur, die genaue Kriterien aufstellt, welche Vereinbarungen erlaubt bzw nicht zulässig sind. Es kann daher hier nicht von einer unklaren Rechtslage gesprochen werden, die einen Rechtsirrtum entschuldigen würde.

e. Alleinbezug

Nachdem allgemein anerkannt ist, dass Alleinbezugsverpflichtungen dann nach der GVO 2790/1999 freigestellt sind, wenn sie keine Kernbeschränkungen enthalten und ein Marktanteil von 30% nicht überschritten wird⁵²⁷, ist insoweit die Rechtslage klar.

Eine besondere Wettbewerbsschädlichkeit kann sich allerdings bei Alleinbezugsvereinbarungen daraus ergeben, dass eine hohe Anzahl an gleichförmigen Vereinbarungen geschlossen wurde. Dies könnte bewirken, dass die Möglichkeiten zu einem Marktzugang verschlossen würden.⁵²⁸ Es ist daher zu berücksichtigen, unter welchen Bedingungen der Wettbewerb auf dem relevanten Markt stattfindet.

Hierbei geht es dem EuGH nicht nur um die Zahl und die Größe der auf dem Markt tätigen Erzeuger, sondern auch um den Sättigungsgrad dieses Marktes und die Treue der Verbraucher zu bestehenden Marken, weil es nach Ansicht des EuGH im allgemeinen schwieriger sein wird, auf einem gesättigten Markt Fuß zu fassen, der durch die Treue der Verbraucher zu wenigen großen Erzeugern gekennzeichnet ist, als auf einem stark expandierenden Markt mit sehr vielen kleinen Erzeugern, die über keine bedeutenden Marken verfügen.⁵²⁹ Ergebe die Prüfung all dieser einzelfallbezogenen Umstände, dass diese Verträge nicht die kumulative Wirkung besitzen, inländischen und ausländischen Mitbewerbern den Marktzugang zu verschließen, dann liege auch keine Wettbewerbsbeschränkung iSd Art 81 Abs 1 EGV vor.⁵³⁰

⁵²⁷ Kritisch dazu *Immenga/Mestmäcker*, Art 81 Abs 1 EGV Rn 352.

⁵²⁸ EuGH – *Delimitis/Henningerbräu* – 28.2.1991, Rs. 234/89, Slg. 1991, I-935 Rn 11f.

⁵²⁹ EuGH – *Delimitis/Henningerbräu* – 28.2.1991, Rs. 234/89, Slg. 1991, I-935 Rn 21.

⁵³⁰ EuGH – *Delimitis/Henningerbräu* – 28.2.1991, Rs. 234/89, Slg. 1991, I-935 Rn 22.

Da die genauen Bewertungsmethoden für die einzelnen relevanten Kriterien nicht genau definiert werden, sondern lediglich darauf abgestellt wird, dass die Verträge nicht jene kumulative Wirkung entfalten dürfen, die einem Mitbewerber den Marktzugang verschließt, kann diesbezüglich wohl kaum von einer eindeutigen Rechtslage gesprochen werden. Man kann Unternehmern, die eine Alleinbezugsvereinbarung abschließen, wohl kaum einen Vorwurf machen, wenn sich eine Wettbewerbsverletzung erst durch die kumulative Wirkung von erlaubten Vereinbarungen ergibt. Es wäre daher mE nicht gerechtfertigt, in diesem Fall Schadenersatz wegen einer Verletzung des Kartellrechts zuzusprechen. Der Irrtum über das Verbot der Verhaltensweise kann daher nach der hier vertretenen Auffassung einen Rechtsirrtum begründen, der das Verschulden ausschließt.

f. Franchising

Durch die relativ ausführliche „Pronuptia-Entscheidung“ wurde klar dargelegt, nach welchen objektiven Kriterien die wettbewerbsrechtliche Bewertung von Franchising – Vereinbarungen durchzuführen ist. Demnach sind jene Bestimmungen nicht als Wettbewerbsbeschränkungen zu werten, die zur Vermeidung der Gefahr, dass das zur Verfügung gestellte Know-how und andere Unterstützungen Konkurrenten zugute kommt, notwendig sind.⁵³¹ Durch weitergehende umfangreiche Entscheidungspraxis in diesem Bereich wurden die Kriterien näher erläutert und auf zahlreiche Einzelfälle angewendet.⁵³² Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Rechtslage im Bereich der Franchising Vereinbarungen als relativ klar bewertet werden kann. Zumindest wird es sich in der Praxis mE als äußerst schwierig erweisen, einen Schadenersatzanspruch mit dem Argument eines Rechtsirrtums aufgrund einer nicht eindeutigen Rechtslage abzuwehren.

4. Zusammenfassende Bewertung

Obwohl es auf den ersten Blick den Anschein hat, dass durch die Leitlinien der Kommission und Entscheidungspraxis der Kommission und der europäischen Gerichte die

⁵³¹ EuGH 28.1.1986, Rs 161/84, Slg 1986, 353.

⁵³² Zu den Einzelheiten der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung siehe oben unter Kapitel „Vertriebssysteme/Franchising“.

wettbewerbsrechtliche Beurteilung von vertikalen Bindungen relativ klar zu handhaben ist, zeigt sich bei näherer Betrachtung der einzelnen Vertriebs- und Vertragstypen, dass dies zumindest nicht für alle untersuchten Bereiche zutrifft. Insbesondere dort wo nach für den einzelnen Anwender schwer erfassbaren Kriterien (wie zB die marktabstottende Wirkung) zu berücksichtigen sind, kann nur schwer begründet werden, dass den kartellrechtsverletzenden Parteien ein Verschulden vorzuwerfen ist. Ob im jeweiligen Einzelfall von einem Rechtsirrtum ausgegangen werden kann, hängt von den jeweiligen Umständen und den Rechtfertigungsgründen ab. Eine pauschale Aussage für einzelne Vertrags- und Vertriebstypen kann daher nicht getroffen werden. Es wurde jedoch aufgezeigt, dass in manchen Fällen zumindest die Möglichkeit besteht, dass Unternehmen ein kartellrechtsverletzendes Verhalten wegen Vorliegen eines Rechtsirrtums nicht vorwerfbar ist.

Trotz dem Umstand, dass nach österreichischem Recht das Nichtbestehen des Verschuldens bei Kartellrechtsverletzungen wegen der Verletzung eines Schutzgesetzes iSd § 1311 ABGB von der beklagten Partei zu beweisen ist, kommt diesem Kriterium dann Bedeutung zu, wenn der Beklagte beweist, dass er einem Rechtsirrtum unterlegen ist, der ihm nicht vorwerfbar ist.

Um der privaten Rechtsdurchsetzung zum Durchbruch zu verhelfen, scheint die Lösung mittels Abschaffung des Verschuldenserfordernisses für Schadenersatzklagen aufgrund der Verletzung des europäischen Kartellrechts (wie im Grünbuch der Kommission vorgeschlagen) auf den ersten Blick sehr verlockend. ME ist jedoch ein Abgehen vom Verschuldensprinzip nicht geboten. Schließlich ist Sinn des Verschuldensprinzip, nur denjenigen Ersatz leisten zu lassen, dem das schädigende Verhalten vorwerfbar ist. Nach der hier vertretenen Auffassung besteht kein Grund, von diesem bewährten Verschuldensprinzip abzugehen und Unternehmen zu Schadenersatzleistungen zu verurteilen, obwohl diese von ihrem Fehlverhalten nichts ahnen konnten. Eine Änderung des Verschuldensprinzips ist daher auch für vertikale Bindungen nicht geboten.

VII. ABSCHLIESSENDE BEMERKUNGEN UND AUSBLICK

Auf europäischer Ebene erfolgten in den letzten Jahren im Vollzug des Wettbewerbsrechts große Umwälzungen. Neben der Dezentralisierung des öffentlichen Vollzugs durch die VO 1/2003 rückt dabei Private Enforcement in den Mittelpunkt des Interesses. Durch die private Durchsetzung des Kartellrechts soll eine Steigerung der Aufgriffseffizienz und eine Entlastung der nationalen Wettbewerbsbehörden und der Kommission erreicht werden. Das Grün- bzw. Weißbuch über Schadenersatzklagen aufgrund von Verstößen gegen das europäische Wettbewerbsrecht stellen eine Reihe von Maßnahmen zur Erleichterung der privaten Durchsetzung zur Diskussion.

Die Arbeit beleuchtete zunächst die anwendbaren Normen, die Rechtsprechung und die Meinungen der Lehre zu Private Enforcement in Österreich. Offensichtlich wurde dabei, dass zwar bislang erst ein Mal Schadenersatz aufgrund einer Kartellrechtsverletzung zugesprochen wurde. Die notwendigen Voraussetzungen für ein funktionierendes System der privaten Durchsetzung sind in Österreich aber größtenteils gegeben. Defizite bestehen noch im Bereich der Offenlegung von Dokumenten und bei der Sammelklage.

Bei vertikalen Vereinbarungen wurde gezeigt, dass sich das Defizit im Bereich der Offenlegung von Dokumenten auf die private Durchsetzung in der Praxis nicht auswirken und weitgehend irrelevant sein wird. Bezüglich der Berechnung der Höhe des Schadens wurde gezeigt, dass nicht alle der im Grünbuch vorgeschlagenen Berechnungsmethoden auf vertikale Kartelle anwendbar sind und je nach Position des Geschädigten (Hersteller, Abnehmer oder Endverbraucher) dargestellt, welche Methode am erfolgversprechendsten sein wird. Wegen der besonderen Umstände bei vertikalen Vereinbarungen (fließende Grenzen des Kartellverbots, fehlende Generalprävention, herabgesetztes Prozessrisiko, besondere Gefahr der unbegründeten Klagen) wurde nachgewiesen, dass gerade in diesem Bereich die Einführung eines Strafschadenersatzes nicht gerechtfertigt wäre und durch eine Implementierung die angestrebten Ziele nicht erreicht werden könnten. Für die Frage der passing-on defense wurde zunächst eine sehr eingeschränkte Relevanz bei vertikalen Vereinbarungen nachgewiesen. Dort, wo ein Anwendungsbereich gegeben ist, ist die passing-on defense und die Aktivlegitimation des indirekten Abnehmers zuzulassen. Die Untersuchung der besonderen Umstände bei vertikalen Vereinbarungen haben ergeben, dass

im Bereich des Kostenersatzrechtes mit den bewährten Regeln der ZPO das Auslangen gefunden werden kann und eine Änderung des Erfolgsprinzips gerade bei vertikalen Bindungen negative Folgen haben kann. Zuletzt wurde auf die besondere Problematik der Rechtsunsicherheit bei vertikalen Bindungen hingewiesen und aufgezeigt, dass eine Änderung des Verschuldensprinzips bei dieser besonderen Fallgruppe kontraproduktiv ist.

Mit Spannung wird nach dem Weißbuch der Kommission die Umsetzung der postulierten Maßnahmen erwartet. Besonders die Form der Umsetzung wird hierbei interessant sein. Werden Mindeststandards festgelegt, sind - wie in der Arbeit ausführlich dargestellt – wegen der weitgehend bereits jetzt bestehenden Private Enforcement Konformität keine wesentlichen Gesetzesänderungen in Österreich zu erwarten.

ANHANG – KURZZUSAMMENFASSUNG

Die gegenständliche Arbeit befasst sich mit dem Thema der privaten Rechtsdurchsetzung von Kartellrechtsverletzungen im Zusammenhang mit vertikalen Vertriebsbindungen. Daher werden zunächst die **Grundlagen des europäischen und österreichischen Kartellrechts** beleuchtet.

Darauf folgt eine Untersuchung der **privaten Rechtsdurchsetzung** im Lichte des europäischen und österreichischen Kartellrechts, wobei insbesondere auf die Untersuchung von Sonderproblematiken im Zusammenhang mit der privaten Rechtsdurchsetzung wert gelegt wird. Ferner wird hinterfragt, ob und wenn ja in welchem Ausmaß eine Reform des österreichischen Schadenersatzrechts nach den Vorschlägen des Grünbuchs der Kommission geboten ist. Offensichtlich wurde dabei, dass zwar bislang erst ein Mal in Österreich Schadenersatz aufgrund einer Kartellrechtsverletzung zugesprochen wurde. Die notwendigen Voraussetzungen für ein funktionierendes System der privaten Durchsetzung sind in Österreich aber großteils gegeben. Defizite bestehen noch im Bereich der Offenlegung von Dokumenten und bei der Sammelklage.

Auf die allgemeine Untersuchung der privaten Rechtsdurchsetzung folgt eine Erörterung der **privaten Rechtsdurchsetzung bei vertikalen Bindungen**. Hier wird gezeigt, dass sich das Defizit im Bereich der Offenlegung von Dokumenten auf die private Durchsetzung in der Praxis nicht auswirken und weitgehend irrelevant sein wird. Bezüglich der Berechnung der Höhe des Schadens wird gezeigt, dass nicht alle der im Grünbuch vorgeschlagenen Berechnungsmethoden auf vertikale Kartelle anwendbar sind und je nach Position des Geschädigten (Hersteller, Abnehmer oder Endverbraucher) dargestellt, welche Methode am erfolgversprechendsten sein wird. Wegen der besonderen Umstände bei vertikalen Vereinbarungen (fließende Grenzen des Kartellverbots, fehlende Generalprävention, herabgesetztes Prozessrisiko, besondere Gefahr der unbegründeten Klagen) wird nachgewiesen, dass gerade in diesem Bereich die Einführung eines Strafschadenersatzes nicht gerechtfertigt wäre und durch eine Implementierung die angestrebten Ziele nicht erreicht werden könnten. Für die Frage der passing-on defense wird zunächst eine sehr eingeschränkte Relevanz bei vertikalen Vereinbarungen nachgewiesen. Dort, wo ein Anwendungsbereich gegeben ist, ist die passing-on defense und die Aktivlegitimation des indirekten Abnehmers

zuzulassen. Eine Untersuchung der besonderen Umstände bei vertikalen Vereinbarungen ergibt, dass im Bereich des Kostenersatzrechtes mit den bewährten Regeln der ZPO das Auslangen gefunden werden kann und eine Änderung des Erfolgsprinzips gerade bei vertikalen Bindungen negative Folgen haben kann. Zuletzt wird auf die besondere Problematik der Rechtsunsicherheit bei vertikalen Bindungen hingewiesen und aufgezeigt, dass eine Änderung des Verschuldensprinzips bei dieser besonderen Fallgruppe kontraproduktiv ist.

LEBENS LAUF



Wolfgang Sieh

Jupiterweg 13

1140 Wien

0650/ 97 99 107

wolfgang.sieh@gmx.at

Schulbildung

1987-1991

Piaristenvolksschule in 1040 Wien

1991-1999

Goethe-Realgymnasium in 1140 Wien

Hochschulbildung

WS 2000- SS 2004

Juridische Fakultät, Universität Wien (Magisterstudium)

Seit WS 2005

Doktoratsstudium bei Prof. Dr. Michael Enzinger:
„Private Enforcement bei vertikalen Vertriebsbindungen
im österreichischen und europäischen Kartellrecht“

Studienschwerpunkte

Wirtschafts- und Unternehmensrecht:	Österreichisches Wettbewerbsrecht Österreichisches Kartellrecht Europäisches Kartellrecht International Mergers & Aquisitions European Business Law Urheberrecht I Urheberrecht II Unternehmensführung in der Krise Immaterialgüterrecht Wirtschaftsstrafrecht Diplomarbeit über Internetdomainrecht
Finanzrecht:	BWL Rechnungswesen

Kenntnisse / Fähigkeiten / Interessen

EDV-Kenntnisse:	MS-Office (Excel, Powerpoint, Outlook etc.) CELEX, RDB und RIS Diplom
Sprachkenntnisse:	Englisch (vertragssicher) Spanisch (Grundkenntnisse)
Wirtschaftskenntnisse:	BWL I Rechnungswesen I 2 Jahre Kurs Business-English mit Auslandspraktikum bei Sedgwick Ltd. in Norwich (Insurance Brokers)

Praktika / Berufserfahrung

Studienbegleitend	Praktika in diversen Rechtsabteilungen und Anwaltskanzleien
Oktober `04- Dezember `04	Auslandspraktikum im Österreichischen Konsulat und in der Außenhandelsstelle der Wirtschaftskammer in Toronto
Jänner `05 – September `05	Gerichtspraktikum am BG Fünfhaus und am LG f. ZRS Wien
Februar `05 – Oktober `06	Parlamentarischer Mitarbeiter eines Nationalratsabgeordneten
Seit Dezember `06	Rechtsanwaltsanwärter bei CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH